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 XXXII — 2º e 3º trimestres 2006 — N. 111/112
Florianópolis — SC
2007

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

JURISPRUDÊNCIA CATARINENSE. Tribunal de Justiça.
Florianópolis, SC, 1973 — Trimestral

Repositório autorizado sob n. 8/85—STF e 18/91—STJ
ISSN: 1981-402X
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

1 **COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

DOUTRINA

11 Elementos de principiologia constitucional – André Alexandre Happke

33 Breves considerações sobre a celeridade processual à luz do direito comparado – *Ordonnance de référé e ordonnance sur requête* – Jaime Luiz Vicari

43 Posse no atual Código Civil: alguns redimensionamentos necessários ao político do direito – Janine Stiehler Martins

63 O Código de Processo Civil e suas reformas – João José Ramos Schaefer

89 A mandamentalidade da decisão cautelar – Márcio Schiefler Fontes

96 A consciência jurídica e a eqüidade como "novos" paradigmas para a atividade jurisdicional contemporânea – Maximiliano Losso Bunn

120 Atos de falência na Lei n. 11.101/05 – Renato Lisboa Altemani

134 Crime de menor potencial ofensivo e concurso de crimes – Rogério Carlos Demarchi

137 A Nova ordem contratual: pós-modernidade, contratos de adesão, condições gerais de contratação, contratos relacionais e redes contratuais – Rogério Zuel Gomes

184 Democracia, partidos políticos e tributação ambiental – Romano José Enzeweiler

196 A paz como "processo"! Projeto estadual agente da paz: idéias, aportes e ações parceiras – Sandra Mári Córdova D'Agostini

214 A pessoa jurídica não pode ser vítima de dano moral – Sérgio Luiz Junkes

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

225 Ações Diretas de Inconstitucionalidade

249 Ação Rescisória

255 Recurso Extraordinário

258 Recurso Ordinário em *Habeas Corpus*

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

265 Habeas Corpus
274 Recursos Ordinários em Mandado de Segurança
284 Recurso em Mandado de Segurança

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA

Tribunal Pleno
293 Mandado de Segurança

Seção Civil
308 Mandados de Segurança

Câmara Civil Especial
321 Agravo (Art. 557, § 1º, Do Cpc) em Agravo de Instrumento

Grupo de Câmaras de Direito Civil
326 Ação Rescisória

Primeira Câmara de Direito Civil
334 Apelações Cíveis

Segunda Câmara de Direito Civil
382 Agravo de Instrumento
387 Apelações Cíveis

Terceira Câmara de Direito Civil
415 Agravo de Instrumento
421 Apelação Cível

Grupo de Câmaras de Direito Comercial
434 Embargos Infringentes

Primeira Câmara de DirEito Comercial
451 Apelações Cíveis

Segunda Câmara de Direito Comercial
463 Agravo de Instrumento

Terceira Câmara de Direito Comercial
473 Agravo de Instrumento
481 Apelação Cível

Grupo de Câmaras de Direito Público
489 Embargos Infringentes

496 Mandado de Segurança

Primeira Câmara de Direito Público
501 Apelações Cíveis

Segunda Câmara de Direito Público
531 Apelações Cíveis

Terceira Câmara de Direito Público
547 Apelações Cíveis

JURISPRUDÊNCIA PENAL

Câmaras Criminais Reunidas
587 Revisão Criminal

Primeira Câmara Criminal
592 Apelações Criminais
643 Recurso Criminal

Segunda Câmara Criminal
649 Apelações Criminais
709 Habeas Corpus
726 Recurso Criminal

PRIMEIRA VICE-PRESIDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA
733 Suspensão de Segurança

SEGUNDA VICE-PRESIDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA
741 Recursos Especiais nas Apelações Cíveis
746 Recurso Especial na Apelação Criminal

TERCEIRA VICE-PRESIDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA
751 Medida Cautelar Incidental em Recurso Especial em Apelação Cível
754 Recurso Especial em Apelação Cível
758 Recurso Ordinário em Mandado de Segurança
761 Relação Das Comarcas Do Estado de Santa Catarina

771 **ÍNDICE NUMÉRICO**
777 **ÍNDICE POR ASSUNTO**
801 **ÍNDICE ONOMÁSTICO**

COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA
(Junho de 2007)

TRIBUNAL PLENO

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. SALIM SCHEAD DOS SANTOS
Desa. MARIA DO ROCIO LUZ SANTA RITTA
Des. EDSON Nelson UBALDO
Des. CID José GOULART Júnior
Des. HILTON CUNHA JÚNIOR

CONSELHO DA MAGISTRATURA

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

SEÇÃO CIVIL

Des. FRANCISCO José Rodrigues de OLIVEIRA FILHO – Presidente
Des. ALCIDES dos Santos AGUIAR
Des. ANSELMO CERELLO

Des. CARLOS PRUDÊNCIO
Des. ORLI de Ataíde RODRIGUES
Des. José TRINDADE DOS SANTOS
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. 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. SALIM SCHEAD DOS SANTOS
Desa. MARIA DO ROCIO LUZ SANTA RITTA
Des. EDSON Nelson UBALDO
Des. CID José GOULART Júnior
Des. HILTON CUNHA JÚNIOR
Juiz JORGE HENRIQUE SCHAEFER MARTINS (substituindo o Des. José MAZONI FERREIRA)
Juiz NEWTON JANKE (substituindo o Des. SÉRGIO Roberto BAASCH LUZ)
Juíza SÔNIA MARIA SCHMITZ (substituindo o Des. RUI Francisco Barreiros FORTES)
Juiz JOEL DIAS FIGUEIRA JÚNIOR (substituindo o Des. JOSÉ VOLPATO de Souza - Vice-Corregedor-Geral da Justiça)

GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO CIVIL

Des. CARLOS PRUDÊNCIO – Presidente
Des. Antônio do Rêgo MONTEIRO ROCHA
Des. FERNANDO CARIONI
Des. LUIZ CARLOS FREYESLEBEN
Des. MARCUS TULIO SARTORATO
Desa. SALETE SILVA SOMMARIVA
Desa. MARIA DO ROCIO LUZ SANTA RITTA
Juiz JORGE HENRIQUE SCHAEFER MARTINS (substituindo o Des. José MAZONI FERREIRA)
Juiz JOEL DIAS FIGUEIRA JÚNIOR (substituindo o Des. JOSÉ VOLPATO de Souza - Vice-Corregedor-Geral da Justiça)

GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO COMERCIAL

Des. ALCIDES dos Santos AGUIAR – Presidente

Des. ANSELMO CERELLO
Des. José TRINDADE DOS SANTOS
Des. NELSON Juliano SCHAEFER MARTINS
Des. Marco Aurélio GASTALDI BUZZI
Des. RICARDO Orofino da Luz FONTES
Des. SALIM SCHEAD DOS SANTOS
Des. EDSON Nelson UBALDO
Des. HILTON CUNHA JÚNIOR

GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO

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. CESAR Augusto Mimoso Ruiz ABREU
Des. CID José GOULART Júnior
Juiz NEWTON JANKE (substituindo o Des. SÉRGIO Roberto BAASCH LUZ)
Juíza SÔNIA MARIA SCHMITZ (substituindo o Des. RUI Francisco Barreiros FORTES)

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Des. CARLOS PRUDÊNCIO – Presidente
Desa. MARIA DO ROCIO LUZ SANTA RITTA
Juiz JOEL DIAS FIGUEIRA JÚNIOR (substituindo o Des. JOSÉ VOLPATO de Souza - Vice-Corregedor-Geral da Justiça)
Juiz JOEL DIAS FIGUEIRA JÚNIOR (Cooperador)

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

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

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Des. FERNANDO CARIONI – Presidente
Des. MARCUS TULIO SARTORATO
Desa. SALETE SILVA SOMMARIVA
Juiz SÉRGIO IZIDORO HEIL (Cooperador)

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

Des. ANSELMO CERELLO – Presidente
Des. RICARDO Orofino da Luz FONTES
Des. SALIM SCHEAD DOS SANTOS
Juiz JÂNIO DA SILVA MACHADO (Cooperador)

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

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

Des. ALCIDES dos Santos AGUIAR – Presidente
Des. Marco Aurélio GASTALDI BUZZI
Des. HILTON CUNHA JÚNIOR
Juiz PAULO ROBERTO CAMARGO COSTA (Cooperador)

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

Des. VOLNEI Ivo CARLIN – Presidente
Des. VANDERLEI ROMER
Juiz NEWTON JANKE (substituindo o Des. SÉRGIO Roberto BAASCH LUZ)
Juiz NEWTON JANKE (Cooperador)

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

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

Des. LUIZ CÉZAR MEDEIROS – Presidente
Des. CESAR Augusto Mimoso Ruiz ABREU
Juíza SÔNIA MARIA SCHMITZ (substituindo o Des. RUI Francisco Barreiros FORTES)
Juíza SÔNIA MARIA SCHMITZ (Cooperadora)

CÂMARA CIVIL ESPECIAL

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

Juíza MARLI MOSIMANN VARGAS

CÂMARAS CRIMINAIS REUNIDAS

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

PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL

Des. Antônio Fernando do AMARAL E SILVA – Presidente
Des. José GASPAR RUBIK
Des. João Eduardo SOUZA VARELLA
Des. SOLON D'EÇA NEVES
Juiz TULIO José Moura PINHEIRO (Cooperador)

SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL

Des. JORGE MUSSI – Presidente
Des. SÉRGIO Torres PALADINO
Des. José Antônio TORRES MARQUES
Juiz JOSÉ CARLOS CARSTENS KÖHLER (substituindo o Des. IRINEU JOÃO DA SILVA)
Juiz JOSÉ CARLOS CARSTENS KÖHLER (Cooperador)

DOUTRINA

ELEMENTOS DE PRINCIPIOLOGIA CONSTITUCIONAL

Constitutional principiology elements

André Alexandre Happke*

"Um Direito sem princípios nunca houve verdadeiramente." Joseph Esser

1 Resumo

No período em que o movimento identificado atualmente como pós-positivismo desenvolveu-se, ganhou força a teoria da normatividade dos princípios. Relegados anteriormente a argumento metajurídico, passou-se a encará-los como norma jurídica cogente. Assume-se, portanto, que esses princípios têm a natureza jurídica, identificada com base nesse atual enfoque, de norma jurídica. É possível dizer podem os princípios ser considerados um prisma através do qual se lêem as regras – marcando assim a idéia de que princípios e regras são espécies do gênero norma jurídica. Para isso, fique claro que se trabalha com o fato de esses princípios estarem atualmente positivados na Constituição. Merece registro o fato de que se abordou aqui a (in)existência propriamente de uma hierarquia entre princípios e regras no ordenamento. Também um conceito de princípio foi objeto de ensaio, com base na exploração da configuração conceitual de autores que se destacaram no trato desse tema. Nesse passo, foram ainda objeto de estudo algumas classificações propostas e divisão de funções entre princípios e regras.

Palavras-chave: Princípios. Normatividade. Hierarquia normativa. Regras. Norma jurídica.

* Juiz de Direito do Estado de Santa Catarina. Professor da Universidade do Oeste de Santa Catarina (Unoesc). Mestrando em Ciência Jurídica no CPCJ/Univali. Área de Concentração: Fundamentos do Direito Positivo. Linha de Pesquisa: Hermenêutica e Principiologia Constitucional. Orientador: Prof. Dr. Paulo de Tarso Brandão (aah10546@tj.sc.gov.br – Av. Anchieta, 722, Fórum da Justiça, Centro, Anchieta, SC, CEP 89.970-000, fone/fax: 49-3653-3000).

2 *Abstract*

In the period when the nowadays identified movement *after positivism was* developed, the *normativity principle theory* has won force. Before relegated to a meta-legal argument, they were seen as obligatory legal norm. It's assumed that these *principles* had the *legal nature*, identified from this current concept, of legal norm. It's possible to say, the *principles* may be considered by an approach which *rules* are read – and we have the idea that the *principles and rules* are specie from sort *legal norm*. The working fact is that these *principles* are nowadays in the Constitution. It's important to say that we've written about the (in)existence *of a properly hierarchy between principles and rules* in the order. Also a concept of principle was an essay object, from the exploration of conceptual configuration from authors who detach in the study of the theme. In this way, some *classification* and *division between principle and rules function* were study objects.

Keywords: Principles. Normativity. Normative hierarchy. Rules. Legal norm.

3 Introdução

O presente artigo foi desenvolvido com base nos Seminários apresentados para a disciplina de Teoria dos Princípios Constitucionais no Curso de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica (CPCJ) da Universidade do Vale do Itajaí (Univali), lecionada pelo Professor Doutor Paulo Márcio Cruz.

O propósito da abordagem é reunir elementos necessários para, posteriormente, no desenvolvimento da dissertação para a obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica, trazer uma abordagem sobre os princípios que se entendem vulnerados no tema objeto daquele trabalho, em especial, demonstrar a importância de se resguardarem os princípios[1].

Sabe-se que ao tratar de princípios – palavra conceito por demais amplo – muitas leituras diferentes são possíveis. Ainda que se voltem os olhos apenas

1 Sobre a importância dos princípios do jusconstitucionalismo atual, do texto do doutorando Arnaldo Boson Paes transcreve-se: "O estudo dos princípios ocupa hoje destacado espaço na Teoria do Direito, com reflexos diretos para a compreensão do Direito Constitucional. Mais que isso. A formulação de consistente teoria acerca dos princípios jurídicos vem determinando a revisão dos estudos constitucionais, impondo o reexame do conceito de norma, interpretação e eficácia do sistema constitucional" (PAES, 2006, p. 1).

para os significados advindos da ciência jurídica, as diversas correntes e movimentos que se utilizaram desse termo ainda geram bastante reflexão.

Será objeto de trabalho aqui uma leitura dos princípios com base na visão delineada pela teoria da normatividade dos princípios (atribuída a Robert Alexy), que colocou os princípios como espécie, ao lado das regras, do gênero mais abrangente denominado normas jurídicas. Dessarte, não se trata de algo acima ou além da lei, nada de metajurídico, mas, sim, espécie que convive com as regras e orienta sua produção, como observou Paulo Márcio Cruz (2004, p. 100).

Um pequeno histórico de como se chegou a isso será apresentado. Também será abordada a questão da hierarquia dos princípios dentro do ordenamento, as classificações e as funções (e eficácias) identificadas da espécie princípio, os critérios de distinção entre os princípios e as regras. A configuração conceitual possível dentro da visão atual dos princípios também será buscada nos autores diversos que enfrentam o tema. Importa destacar que se tratará de princípios enquanto positivados[2], ou seja, inseridos no ordenamento jurídico pátrio.

Utilizou-se aqui do método indutivo e da pesquisa bibliográfica, certamente sem pretensão de exaurir os exames possíveis neste artigo, uma vez que se espera desenvolver mais a questão na dissertação que está em andamento.

Registra-se, por fim, que o conteúdo da bibliografia referida delineou os limites teóricos desta abordagem.

4 Elementos de principiologia constitucional

4.1 Etimologia: a palavra princípio e a necessária pré-compreensão do tema

Para Luís-Diez Picazo (1983 apud BONAVIDES, 2005, p. 255-256), deriva da Geometria, "onde designa verdades primeiras", são "as premissas de todo um sistema que se desenvolve more geométrico". Esse autor ainda

2 "A 'positivação' dos princípios gerais do Direito e a transformação deles em princípios jurídicos 'positivados' operam-se entre duas alternativas metodológicas. Pela primeira, a 'positivação' implica resgate desses princípios no universo do direito natural. Pela segunda, a 'positivação' é conseqüência do descobrimento desses princípios no interior do 'Direito positivo'. Esta última posição é corolário da idéia da não transcendência dos princípios gerais de direito" (ESPÍNDOLA, 1998, p. 53).

desenvolveu, com base no ensinamento do jurista espanhol F. de Castro, destacado por Bonavides, que "os princípios são verdades objetivas, nem sempre pertencentes ao mundo do ser, senão do dever-ser, na qualidade de normas jurídicas, dotadas de vigência, validez e obrigatoriedade" (BONAVIDES, 2005, p. 256). Seria uma "verdade jurídica universal", na esteira do estudo de Bonavides com relação a F. de Clemente (apud BONAVIDES, 2005, p. 256). Nesse estágio, Bonavides entendeu que o defeito na abordagem era a falta da idéia de normatividade (BONAVIDES, 2005).

Bonavides (2005) ainda apresentou a investigação doutrinária de Guastini, que recolhera da doutrina e da jurisprudência seis distintos conceitos do vocábulo "princípio", todos vinculados a disposições normativas. Primeiro, princípio se refere à norma provida de algum grau de generalidade. Segundo, devido ao seu alto grau de indeterminação, é necessária a concretização por via interpretativa, sem o que não seria suscetível sua aplicação em casos concretos. Terceiro, percebeu que os juristas utilizam a palavra princípio para se referir a normas de caráter programático. Quarto, utilizam igualmente a palavra para se referir a normas cuja posição hierárquica das fontes de Direito é muito elevada. Quinto, é usada a palavra para designar normas que desempenham função importante e fundamental no sistema jurídico ou político. Sexto, valem-se os juristas da expressão em questão para normas dirigidas aos órgãos de aplicação, cuja específica função é fazer a escolha dos dispositivos ou das normas aplicáveis nos diversos casos.

4.2 Breve histórico

Em Bonavides (2005, p. 259) encontramos a afirmação de que "a juridicidade dos princípios passa por três distintas fases: a jusnaturalista, a positivista e a pós-positivista".

O momento jusnaturalista, mais antigo e tradicional, segundo Bonavides (2005, p. 259) se valeu da técnica da codificação e permitiu a institucionalização dos direitos naturais, "esfera filosófico-axiológica para ganhar os trâmites concretos da normatividade jurídica", como assinalou o mestrando Assis. Nesse quadro, Bonavides entende que o resultado foi a inteira abstração e a normatividade nula e duvidosa, contrastando-se isso com o "reconhecimento de sua dimensão ético-valorativa de idéia que inspira os postulados de justiça" (2005, p. 259). Concluiu então que "[o] ideal de justiça, no entendimento dos autores jusnaturalistas, impregna a essência dos princípios gerais de

Direito" (2005, p. 261 e 262); todavia, essa derivação axiomática arrastou ao descrédito seu conteúdo[3].

Seguiu-se a esse primeiro momento o positivista, com o advento da Escola Histórica do Direito. Nessa quadra, tão forte o rechaço ao Direito Natural, que se chegou a substituir a palavra princípio por idéia, como ocorreu na obra clássica de Del Vecchio (1948 apud BONAVIDES, 2005, p. 260), como resultado do que Assis (2006) chamou de devaneios cientificistas. Mais adiante, com o questionamento de Bobbio (1957 apud BONAVIDES, 2005, p. 260) sobre a localização (externa ou interna ao sistema) dos princípios gerais do Direito, passou-se a desenvolver o que depois Bonavides (2005) chamou de ressurreição do jusnaturalismo no século XX, sobretudo na Alemanha, onde sobre o eterno retorno a esse momento, Wolf (1955 apud BONAVIDES, 2005, p. 261) escreveu: "Ninguém sabe nada de seguro acerca desse Direito Natural, mas todo mundo sente com segurança que ele existe".

Nesse segundo momento, os princípios passaram a entrar nos códigos como fonte normativa subsidiária, mas eram considerados apenas complementares, e não algo que se sobrepusesse à lei. Para Flórez-Valdéz (1990 apud BONAVIDES, 2005, p. 263), cujo ensinamento Bonavides trouxe a lume, os princípios se induzem por via de abstração ou de sucessivas generalizações a partir do próprio Direito Positivo. Assim, o valor dos princípios seria o de derivarem eles das próprias leis. Não obstante, o comportamento juspositivista, por via de regra, leva à carência de normatividade, ocasionando sua irrelevância jurídica[4].

Finalmente, com o pós-positivismo[5] (ou neopositivismo) os princípios passam a ser tratados como direito. Essa época corresponde aos grandes

3 Merece aqui transcrição o trecho de obra de Garcia de Enterría trazida por Bonavides: "Em conclusão e em resumo, podemos dizer que a diferença mais destacada entre a tendência histórica ou positivista e a jusnaturalista radica em que esta última afirma a insuficiência dos princípios extraídos do próprio ordenamento jurídico positivo, para preencher as lacunas da lei, e a necessidade conseqüente de recorrer aos do Direito Natural (demais, com todas as garantias que temos visto), enquanto que a corrente positivista entende que se pode manter dentro do ordenamento jurídico estatal, com os princípios que deste se podem obter por analogia. [...] Mas esta é, antes de tudo, uma questão lógica: a suficiência ou insuficiência do ordenamento jurídico; e só depois de resolvida, sem agitar o fantasma do Direito Natural, dever-se-ia começar a determinar caso a conclusão seja a da insuficiência, os métodos de suprir essas lacunas" (ENTERRIA apud BONAVIDES, 2005, p. 262).

4 Bobbio (apud BONAVIDES, 2005, p. 263-264) afirmou que: "O nome de princípios induz em engano, tanto que é velha questão entre juristas se os princípios são ou não normas" e destaco: "Para mim não há dúvida: os princípios gerais são normas como todas as demais".

5 "O pós-positivismo identifica um conjunto de idéias difusas que ultrapassam o legalismo estrito do positivismo normativista, sem recorrer às categorias da razão subjetiva do jusnaturalismo. Sua marca é a ascensão dos valores, o reconhecimento da normatividade dos princípios e a essencialidade dos direitos fundamentais. Com ele, a discussão ética volta ao Direito. O pluralismo político e jurídico, a nova hermenêutica e

momentos constituintes das últimas décadas do século XX, identifica Bonavides (2005).

Não obstante, a idéia de normatividade, segundo Bonavides (2005), referendado por Espíndola (1998, p. 55)[6], foi afirmada categórica e precursoramente, em excelente e sólida conceituação formulada em 1952 por Crisafulli (1952 apud BONAVIDES, 2005, p. 257), nos seguintes termos:

> Princípio é, com efeito, tora norma jurídica, enquanto considerada como determinante de uma ou de muitas outras subordinadas, que a pressupõem, desenvolvendo e especificando ulteriormente o preceito em direções mais particulares (menos gerais), das quais determinam, e, portanto, resumem, potencialmente, o conteúdo: sejam, pois, estas efetivamente postas, sejam, ao contrário, apenas dedutíveis do respectivo princípio geral que as contém.

As críticas que vieram com Dworkin, observou Bonavides, trouxeram abaixo o velho positivismo ortodoxo e também o jusnaturalismo, e, ao mesmo tempo, traçaram e caracterizaram o ângulo novo de normatividade definitiva reconhecida aos princípios. Para esse tratamento dos princípios como direito, Dworkin (1978 apud BONAVIDES, 2005, p. 265) propõe rejeitar três dogmas da doutrina precedente:

> o da distinção entre o Direito de uma comunidade e os demais padrões sociais (*social standards*) aferidos por algum test na forma de regra suprema (*master rule*); referente à doutrina da discrição judicial – a discricionariedade do juiz.

E, ainda,

> o terceiro, compendiado na teoria positivista da obrigação legal, segundo a qual uma regra estabelecida de Direito – uma lei – impõe tal obrigação, podendo ocorrer, todavia, a hipótese de que num caso complicado (*hard case*), em que tal lei não se possa achar, inexistiria a obrigação legal, até que o juiz formulasse nova regra para o futuro.

É na escalada da doutrina pós-positivista que se começou a reconhecer a normatividade dos princípios, erigindo-se "os princípios a categorias de normas, numa reflexão profunda e aperfeiçoadora" (BONAVIDES, 2005, p. 266), o que nos leva então ao principal veio do conteúdo deste trabalho. Sobre o tema, Paes (2006, p. 2) esclarece:

a ponderação de interesses são componentes dessa reelaboração teórica, filosófica e prática que fez a travessia de um milênio para o outro" (BARROSO, 2004, p. 342).

6 "O primeiro a afirmar a normatividade dos princípios foi Crisafulli", destacando ainda que "normatividade" que referiu é "apenas como *qualidade de norma = normatividade*."

> Na fase pós-positivista, fruto da superação dialética dos modelos jurídicos tradicionais, os princípios são proclamados normas jurídicas, podendo, assim como as regras, imporem obrigação legal. Na atual sociedade de massas, complexa, fundada no pluralismo, o Direito reflete os antagonismos e contradições, sendo impossível organizá-la exclusivamente com base em normas fechadas. Dessa sociedade já denominada pós-moderna resulta a necessidade do reconhecimento do caráter normativo, vigente e eficaz dos princípios jurídicos, que contém uma pauta axiológica, agasalhando os valores da sociedade.

4.3 Princípios, regras e normatividade

Para se ter uma idéia do avanço do tratamento doutrinário sobre a normatividade dos princípios, trago à colação o pensamento de Espíndola (1998, p. 55):

> Hoje, no pensamento jurídico contemporâneo, existe unanimidade em se reconhecer aos princípios jurídicos o *status* conceitual e positivo de norma de direito, de norma jurídica. Para este núcleo de pensamento, os princípios têm positividade, vinculatividade, são normas, obrigam, têm eficácia positiva e negativa sobre comportamentos públicos ou privados bem como sobre a interpretação e a aplicação de outras normas, como as regras e outros princípios derivados de princípios de generalizações mais abstratas.

Na atual fase, pontifica Espíndola (1998, p. 59), os princípios que antes estavam aprisionados a redutoras concepções privatistas percorreram um caminho metodológico e passaram da servil normatividade no Direito Privado à senhora juridicidade no Direito Público; saltaram dos Códigos para as Constituições, nos termos do autor referido (1998, p. 60).

Merece também referência, nessa esteira, o pensamento de Paes (2006, p. 1):

> A doutrina tradicional formulou múltiplas funções e abordou a problemática de sua caracterização e natureza, entretanto não lhe reconhecia o que ostenta de mais importante e que está consagrado pela doutrina contemporânea, isto é, sua natureza normativa, constituindo espécie do gênero norma de Direito.

Como visto, vai já bem longe o pensamento de que os princípios seriam apenas preceitos de ordem moral e política, meras exortações. Considerando o dado de que foi sua juridicidade desenvolvida a partir de serem apartados e delineados os conceitos de regras e princípios. Esse é um momento primeiro da explanação a seguir.

4.3.1 Critérios distintivos: princípios versus *regras*

Em Cruz (2004), obra que serviu de norte aos seminários referidos na introdução, os princípios são considerados elementos de coesão e consistência, tornando possível a incorporação de valor à regra. Nesse passo:

> Um ordenamento jurídico, mesmo nos moldes mais herméticos, não é um simples amontoado de regras esparsas, produto da vontade de quem está no poder naquele determinado momento. Quando é assim, o Estado Democrático de Direito de não está presente e não se pode dizer que há um pressuposto de civilização contemporânea a orientar a produção de normas jurídicas (CRUZ, 2004, p. 99).

O conceituado Professor catarinense vem – nesse pensamento – acompanhado do Ministro do Supremo Tribunal Federal Eros Roberto Grau, a opinião de que "[...] um sistema ou ordenamento jurídico não será jamais integrado exclusivamente por regras" (GRAU, 1990, p. 95 apud ESPÍNDOLA, 1998, p. 50).

Por sua vez, Diego (1948 apud BONEVIDES, 2005, p. 261), no Prólogo à tradução espanhola do livro de Del Vecchio, trouxe que "as regras particulares não são realmente inteligíveis se não forem postas em relação com os princípios dos quais descendem".

Roboram, pois, a conclusão de Cruz, de que um sistema baseado apenas em regras seria de racionalidade prática limitada. Delineia, então, com base em Canotilho, que a disciplina jurídica, em tal situação, deveria ser exaustiva, em legalismo extremo, fixando em termos definitivos as premissas e os resultados das regras jurídicas. Embora com isso viesse um "sistema de segurança", não seria um sistema aberto[7] (característica que considera necessária no caso do sistema constitucional), não haveria espaço para nenhuma complementação e desenvolvimento.

Pois bem, com o ilustre professor português destacam-se os critérios de distinção entre princípios e regras, classificação que é trazida a lume por vários outros autores pesquisados:

> Grau de abstração: os princípios são normas com um grau de abstração relativamente elevado; de modo diverso, as regras possuem uma abstração relativamente reduzida;

7 Claus-Whilem Canaris ensina que "a abertura significa a incompletude do conhecimento científico, e a propósito do último, a mutabilidade dos valores jurídicos fundamentais" (CANARIS, 1996, p. 281 apud BARROSO, 2004, p. 332).

> Grau de determinabilidade: na aplicação do caso concreto: os princípios, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras (do legislador? do juiz?), enquanto as regras são suscetíveis de aplicação direta;
>
> Caráter de fundamentalidade no sistema das fontes de direito: os princípios são normas de natureza ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (ex: princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (ex: princípio do Estado de Direito);
>
> 'Proximidade' da idéia de direito: os princípios são 'standards' juridicamente vinculantes radicados nas exigências de 'justiça' (Dworkin) ou na 'idéia de direito' (Larenz); as regras podem ser normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional;
>
> Natureza normogenética: os princípios são fundamentos de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a 'ratio' de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogenética fundamentante (CANOTILHO, 1995, p. 167).

Ainda nos critérios distintivos, com base no estudo de Bonavides, J. Boulanger, considerado pelo primeiro como o mais insigne precursor da normatividade dos princípios, professor da Faculdade de Direito de Lille, assim ensinou:

> Há entre princípio e regra jurídica não somente uma disparidade de importância mas uma diferença de natureza. Uma vez mais o vocabulário é a fonte de confusão: a generalidade da regra jurídica não se deve entender da mesma maneira que a generalidade de um princípio (BOULANGER, 1950, p. 56 apud BONAVIDES, 2005, p. 267).

Isso porque o referido acadêmico francês entende que a generalidade das regras corresponde à circunstância de que vem editada para um número indeterminado de atos ou fatos, mas tem especialidade por tratar apenas de atos ou fatos, contemplando uma situação jurídica determinada. Já os princípios, estes comportam uma série indefinida de aplicações. Lembra, ainda, que o vocabulário técnico e crítico de filosofia de Lalande assim define: "Chamam-se princípios, dizem os filósofos, o conjunto de proposições diretivas às quais todo o desenvolvimento ulterior se subordina" (BOULANGER, 1950, p. 56 apud BONAVIDES, 2005, p. 267).

Em Espíndola, encontra-se o histórico de que ainda em Esser (1961 apud ESPÍNDOLA, 1998, p. 61) distinguiram-se princípios de normas – como categorias pertencentes a tipos conceituais distintos. Ainda assim, norma se

sobrepunha a princípio, dogmática e normativamente. Depois, "devido aos acréscimos teórico-analíticos de Dworkin e Alexy, pacificou-se a distinção entre regras e princípios como espécies do gênero norma de direito" (ESPÍNDOLA, 1998, p. 61).

Sobre a doutrina de Dworkin, Espíndola (1998, p. 64) refere que "em 'Taking Rights Seriously', estabeleceu mais dois critérios, baseados em duas idéias: a primeira, a do 'tudo ou nada', e a segunda, a do 'peso' ou da 'importância'". Nesse passo, no que tange às regras, ou são aplicáveis por completo ou não são – absolutamente – aplicáveis. Já com relação aos princípios, não se aplicam automática e necessariamente quando as condições previstas como suficientes para sua aplicação se manifestam. Quando há conflito entre princípios, eles não se invalidam mutuamente, como acontece com as regras, mas, sim, um ou outro cedem espaço e se mitigam.

Na diferenciação anotada por Barroso (2004, p. 327-328), as regras "contêm relato mais objetivo, com incidência restrita às situações específicas às quais se dirigem", e os princípios "têm maior teor de abstração e uma finalidade mais destacada no sistema".

Mesmo com essa distinção[8], há que se reconhecer o amálgama comum entre ambos, além da idéia de que se tratam de espécies de mesma hierarquia dentro do ordenamento (o que será ainda objeto de estudo adiante), porém, com funções distintas ─ é a lição de Cruz (2004, p. 101). Também por entender a distinção como particularmente complexa, Espíndola (1998, p. 66) remete a duas questões fundamentais – a da função dos princípios e a da existência de um denominador comum,

> pertencendo à mesma 'família' e havendo apenas uma diferença do grau (quanto à generalidade, conteúdo informativo, hierarquia das fontes, explicitação do conteúdo, conteúdo valorativo), ou se, pelo contrário os princípios e as regras são suscetíveis de uma diferenciação qualitativa.

É o que será estudado em seguida.

8 Há de se mencionar, por rigor científico, existir ainda quem divida o gênero *norma* em *princípios, regras* e *valores*. Espíndola (1998, p. 63) identificou isso, e com ele justificamos passar ao largo dessa classificação *trinária*. "[...] por razões metodológicas e científicas: primeiro, a construção principialista de Canotilho [...] não tematiza a categoria 'valor como integrante do gênero norma jurídica; segundo no discurso dos juristas brasileiros, o material bibliográfico sobre 'valores jurídicos' é um tanto escasso e recente". Sobre a classificação que inclui valores: ARAGON, Manuel. *Constitución Española*. Dir. Pedro Viega. Madrid: Tecnos, 1990. p. 85-97.

4.3.2 Funções dos princípios e sua eficácia

A partir do que alguns doutrinadores então passaram a estudar como funções dos princípios (destacaram-se aqui a argumentativa, a fundamentadora, a interpretativa e a supletiva), surgem também suas eficácias ou o resultado coercível de suas funções. Conjugou-se aqui uma leitura desses aspectos.

Com relação à face argumentativa e de retórica dos princípios, Espíndola (1998, p. 66) considera ser seu caráter multifuncional, pois, assim, permite denotar a *ratio legis* de uma disposição ou revelar normas que não são expressas por qualquer enunciado legislativo, possibilitando assim aos atores jurídicos o desenvolvimento, a integração e complementação do direito.

Na face fundamentadora – que se liga à eficácia negativa a seguir examinada –, os princípios dão suporte ao ordenamento em que se inserem. Silva (2005, p. 95) assinala que são *summa genera* do direito constitucional, fórmulas básicas ou postos-chaves de interpretação e construção teórica do constitucionalismo.

De acordo com a visão de Barroso (2004, p. 327), os princípios ainda servem de

> [...] guia para o intérprete, cuja atuação deve pautar-se pela identificação do princípio maior que rege o tema apreciado, descendo do mais genérico ao mais específico, até chegar à formulação da regra concreta que vai reger a espécie. Estes os papéis desempenhados pelos princípios: a) condensar valores; b) dar unidade ao sistema; c) condicionar a atividade do intérprete.

Seria essa a função interpretativa – ligada à eficácia interpretativa que se verá adiante – na qual o papel cumprido é o de orientação às soluções jurídicas a serem processadas diante dos casos submetidos à apreciação do intérprete. Vetores de sentido jurídico às demais normas, na visão de Espíndola (1998, p. 68).

Por fim, na função supletiva sua tarefa é a integração do Direito, suplementando espaços aparentemente "vazios" regulatórios da ordem jurídica ou ausências de sentido regulador constatáveis em regras ou em princípios de maior grau de densidade normativa (ESPÍNDOLA, 1998, p. 68).

Na doutrina de Barroso (2004, p. 377), releva o estudo da eficácia dos princípios, considerada como atributo associado às normas e que consiste na conseqüência jurídica que deve resultar de sua observância, podendo

se valer pela coerção – exigência judicial de seu cumprimento. Três são as modalidades, segundo esse autor.

Para a eficácia positiva ou simétrica (associada à maioria das regras), o objetivo é reconhecer àquele que seria beneficiado pela norma, ou simplesmente àquele que deveria ser atingido pela realização de seus efeitos, a existência de direito subjetivo a esses efeitos. Assim, é possível pleitear tutela específica da situação contemplada no texto legal.

Com relação à eficácia interpretativa, pode-se exigir do Judiciário que as normas de hierarquia inferior sejam interpretadas de acordo com as de hierarquia superior a que estão vinculadas. Mesmo dentro da própria Constituição, essa eficácia pode operar, em relação aos princípios, embora não haja hierarquia entre normas constitucionais. Para Barroso (2004, p. 378),

> a eficácia dos princípios constitucionais, nessa acepção, consiste em orientar a interpretação das regras em geral (constitucionais e infraconstitucionais), para que o intérprete faça a opção, dentre as possíveis exegeses para o caso, por aquela que realiza melhor o efeito pretendido pelo princípio constitucional pertinente.

A chamada eficácia negativa[9] é a que autoriza a declaração de invalidade de todas as normas ou atos que vulnerem os efeitos pretendidos pela norma (seja por revogação, seja por não recepção, seja por inconstitucionalidade, no caso de princípios constitucionais).

Por fim, a eficácia vedativa de retrocesso. É uma derivação da eficácia negativa já vista. Sua ligação é especialmente destacada com relação aos direitos fundamentais. Pressupõe essa eficácia que esses princípios sejam concretizados por meio das normas infraconstitucionais e que, com base no direito constitucional em vigor, um dos efeitos gerais pretendidos é a progressiva ampliação dos direitos fundamentais. Desse modo,

> a vedação do retrocesso propõe se possa exigir do Judiciário é a invalidade da revogação de normas que, regulamentando o princípio, concedam ou ampliem direitos fundamentais, sem que a revogação em questão seja acompanhada de uma política substitutiva ou equivalente. Isto é: a invalidade, por inconstitucionalidade, ocorre quando se revoga uma norma infraconstitucional concessiva de um direito, deixando um vazio em seu lugar (BARROSO, 2004, p. 379).

9 Para Espíndola (1998, p. 67), eficácia derrogatória.

Ao encerrar esse trecho de seu estudo, Barroso lembra que a atribuição de modalidades de eficácia aos princípios constitucionais vem contribuindo para a construção de sua normatividade. Contudo, somente produzem "o resultado a que se destinam se forem acompanhadas da identificação cuidadosa dos efeitos pretendidos pelos princípios e das condutas que realizem o fim indicado pelo princípio ou que preservem o bem jurídico por ele protegido" (BARROSO, 2004, p. 380).

Na doutrina de Cruz (2004, p.107), encontramos a síntese da idéia, nas características apontadas pelo Professor do Mestrado da Univali. Segundo ele, os princípios condicionam toda criação, interpretação e aplicação do Direito, ou seja, por serem gerais; além disso, condicionam os outros princípios constitucionais, ou seja, por serem primários; e, por fim, condicionam os valores expressos em todo ordenamento jurídico, ou seja, por sua dimensão axiológica.

4.3.3 Hierarquia (diferenciação qualitativa) entre princípios e regras

De outra parte, a relação de hierarquia (em Cruz) ou diferenciação qualitativa (em Espíndola) vem bem delineada em Barroso (2004, p. 328), que afirma, categoricamente, que "inexiste hierarquia entre ambas as categorias [regras e princípios], à vista do princípio da unidade da Constituição. Isso não impede que princípios e regras desempenhem funções distintas dentro do ordenamento". De fato o que verifica é que são dois planos distintos, campos de atuação complementares, embora os princípios inspirem a leitura de regras, não se sobrepõem a elas. Nesse aspecto, o professor da Universidade do Estado do Rio de Janeiro assenta:

> A distinção qualitativa entre regra e princípio é um dos pilares da moderna dogmática constitucional, indispensável para a superação do positivismo legalista, em que as normas se cingiam a regras jurídicas. A Constituição passa a ser encarada como um sistema aberto de princípios e regras, permeável a valores jurídicos suprapositivos, no qual as idéias de justiça e de realização dos direitos fundamentais desempenham um papel central. A mudança de paradigma nessa matéria deve especial tributo à sistematização de Ronald Dworkin. Sua elaboração acerca dos diferentes papéis desempenhados por regras e princípios ganhou curso universal e passou a constituir o conhecimento convencional da matéria (BARROSO, 2004, p. 328).

A teor, então, da teoria do professor de Harvard, as regras (tudo ou nada) têm comando objetivo e não dão margem a elaborações mais sofisticadas acerca de sua incidência. Uma regra somente deixará de incidir sobre a hipótese de fato que contempla se for inválida, se houver outra mais específica ou se não estiver em vigor. O critério de sua aplicação é, portanto, a subsunção.

Seguindo em Dworkin, com os princípios (pesos e importâncias), há maior carga valorativa, há fundamento ético, há decisão política relevante – tudo a indicar uma direção a seguir. Existem, ainda, diferentes princípios, que abrigam decisões, valores e fundamentos diversos, e por vezes até contrapostos. Quando se deparar com tal situação, o intérprete utiliza-se da lógica dialética do sistema e, "à vista dos elementos do caso concreto, o intérprete deverá fazer escolhas fundamentadas, quando se defronte com antagonismos inevitáveis [...]. A aplicação do princípio se dá, predominantemente, mediante ponderação" (BARROSO, 2004, p. 328-329) (*Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudos Constitucionales, 1993. p. 81 e s.).

Barroso, ainda em sua obra pesquisada para este artigo, trouxe um resumo das idéias centrais de Robert Alexy, sobre o qual repousam as premissas trabalhadas nesta fase da normatividade dos princípios. *In verbis*:

> As regras veiculam mandados de definição, ao passo que os princípios são mandados de otimização. Por essas expressões se quer significar que as regras (mandados de definição) têm natureza biunívoca, isto é, só admitem duas espécies de situação, dado seu substrato fático típico: ou são válidas e se aplicam ou não se aplicam por inválidas. Uma regra vale ou não vale juridicamente. Não são admitidas gradações. A exceção da regra ou é outra regra, que invalida a primeira, ou é a sua violação.
>
> Os princípios se comportam de maneira diversa. Como mandados de otimização, pretendem eles ser realizados da forma mais ampla possível, admitindo, entretanto, aplicação mais ou menos intensa de acordo com as possibilidades jurídicas existentes, sem que isso comprometa sua validade. Esses limites jurídicos, capazes de restringir a otimização do princípio, são (i) regras que o excepcionam em algum ponto e (ii) outros princípios de mesma estatura e opostos que procuram igualmente maximizar-se, impondo a necessidade eventual de ponderação (BARROSO, 2004, p. 329).

Sobre essa ponderação entre princípios, Barroso (2004, p. 330) a refere como uma técnica (de ponderação de valores ou de interesses) pela qual se procura estabelecer o peso relativo de cada um dos princípios contrapostos.

Reconhece a inexistência de um critério abstrato que imponha supremacia de um sobre outro princípio. Nem sequer o legislador poderia escolher, arbitrariamente, entre um e outro, sob pena de violar o texto constitucional. Isso deve ser balizado pelo princípio da razoabilidade[10] e pela preservação de núcleo mínimo do valor que esteja cedendo passo. Com relação, ainda, ao mecanismo, considera que "A vanguarda do pensamento jurídico dedica-se, na quadra atual, à busca de parâmetros de alguma objetividade, para que a ponderação não se torne uma fórmula vazia, legitimadora de escolhas arbitrárias" (BARROSO, 2004, p. 331).

Encerro com Barroso (2004, p. 331) a discussão da distinção qualitativa, ao afirmar o autor que nem sempre é singela essa tarefa e que "as dificuldades decorrem de fatores diversos, como as vicissitudes da técnica legislativa, a natureza das coisas e os limites da linguagem".

4.3.4 Classificações de princípios

Após estudar em Cruz as classificações de Barroso (2004, p. 374-376), José Afonso da Silva[11], Jorge Miranda (2002 apud CRUZ, 2004, p. 109-110) e Canotilho (apud CRUZ, 2004, p. 111-112), para os limites deste artigo, consideramos a eleição da síntese classificatória elaborada pelo Professor da Univali (CRUZ, 2004, p. 112-114) com base em tais autores como a mais adequada para ser aqui apresentada, por estar em consonância com os demais elementos estudados e com os conceitos operacionais adotados.

Na esteira da doutrina de Cruz, portanto, os princípios constitucionais dividem-se em três tipos: os político-ideológicos, os fundamentais gerais e os específicos.

Os político-ideológicos são aqueles que possuem dimensão axiológica fundamental. Seriam os princípios dos princípios; estão em nossa Constituição de 1988 no art. 4º. Esses princípios orientam os demais inscritos na Constituição e possuem um grau de concretude muito baixo.

10 Barroso (2004, p. 333-334) traz, a respeito: "O princípio da razoabilidade é um mecanismo para controlar a discricionariedade legislativa e administrativa. Ele permite ao Judiciário invalidar atos legislativos ou administrativos quando: (a) não haja adequação entre o fim perseguido e o meio empregado; (b) a medida não seja exigível ou necessária, havendo caminho alternativo para chegar ao mesmo resultado com menor ônus a um direito individual; (c) não haja proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, o que se perde com a medida tem maior relevo do que aquilo que se ganha".

11 Cf. CRUZ (2004, p. 107-108).

Os fundamentais gerais, ao contrário desses, possuem alto grau de concretude e aplicabilidade (aparecem no art. 5º e em seus incisos).

Finalmente, os princípios específicos são os que orientam determinada parte do Direito Constitucional. A maioria deles, na Constituição vigente, estaria localizada nos trechos que tratam de determinadas matérias, como aqueles relativos ao campo do direito trabalhista, tributário, econômico. Assinala Cruz (2004, 112-114) que

> por óbvio, um princípio constitucional específico que orienta as previsões constitucionais atinentes à educação, à cultura e ao desporto provavelmente não será aplicado ao capítulo da Constituição que trata dos partidos políticos e vice-versa.

O registro é para demonstrar que não se trata de princípios menores, mas, sim, efetivamente particulares a determinados temas e, por isso, com características próximas das regras jurídicas, principalmente a sua autoaplicabilidade.

4.3.5 Conceituação atual de princípio

Depois da visão inicial do tema, da apresentação de critérios distintivos, funções (dimensões) e eficácias, de tratar sobre a questão da hierarquia e de expor as classificações mais consistentes no constitucionalismo atual, o tema em estudo merece agora uma tentativa de conceituação de princípio. Para isso, serão visitados alguns doutrinadores, por meio do estudo daquele que se dedicou precipuamente ao assunto (ESPÍNDOLA, 1998, p. 105-169).

Começando com Celso Antônio Bandeira de Mello (1994 apud ESPÍNDOLA, 1998, p. 112-113), princípio é

> por definição, mandamento nuclear do sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalização do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.

Na doutrina de Bonavides (1994 apud ESPÍNDOLA, 1998, p. 128-133), reconheceu e esposou a tese de que os princípios são normas jurídicas e são "pontos de partida que abrem ao desdobramento judicial de um problema"

(ESPÍNDOLA, 1998, p. 130). Prossegue, com base em Perassi, Pergolesi[12], Pugliati e Quadri, dizendo que os princípios fundamentam o sistema jurídico positivo, estão no ápice da pirâmide normativa, proporcionando inteligibilidade e concretização da Constituição, e também compreensão, interpretação e aplicação da ordem jurídica.

Estudando a obra de Cármen Lúcia Antunes da Rocha (1994 apud ESPÍNDOLA, 1998, p. 133-139), verificou que é reconhecida a importância capital dos princípios incluídos na Constituição, considerados por ela pontos cardeais do Direito Constitucional na atualidade. Afirmou, ainda, que sem essa direção dada pelos princípios, o Direito se perde como referência e possibilidade concreta de realização da norma justa. Sua definição é de que são os princípios valores superiores havidos na sociedade, postos como raiz e meta do sistema constitucional. São valores transformados em princípios jurídicos, com normatividade e eficácia plena.

Para os limites necessários a atingir o objetivo deste artigo, mais um autor estudado por Espíndola há de ser mencionado, Canotilho (1992 apud ESPÍNDOLA, p. 172-246). Para este,

> Princípios são normas que exigem a realização de algo, da melhor forma possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas. Os princípios não proíbem, permitem ou exigem algo em termos de 'tudo ou nada'; impõe a optimização de um direito ou de um bem jurídico, tendo em conta a 'reserva do possível', fáctica ou jurídica (CANOTILHO, 1992, p. 545 apud ESPÍNDOLA, 1998, p. 195).

Em doutrina atual de Barroso (2006, p. 36), consta também um conceito que merece menção: "Princípios não são, como as regras, comandos imediatamente descritivos de condutas específicas, mas sim normas que consagram determinados valores ou indicam fins públicos a serem realizados por diferentes meios".

Encerra-se com o Professor Paulo Márcio Cruz o rol de autores estudados, o qual propôs o conceito nos seguintes moldes:

> Princípios Constitucionais são normas jurídicas caracterizadas por seu grau de abstração e de generalidade, inscritas nos textos constitucionais formais, que estabelecem os valores e indicam a ideologia fundamentais de determinada Sociedade e de seu ordenamento jurídico. A partir deles todas as outras normas devem ser criadas, interpretadas e aplicadas (CRUZ, 2004, p. 106).

12 Registro, quanto a este autor, que na obra de Bonavides está anotada sua idéia de que "as normas são expressão imediata da vontade do corpo social" (PERGOLESI, 1949, p. 130 apud BONAVIDES, 2005, p. 275).

Tudo isso em vista, com a proposta pretende-se que o conceito para os princípios que aqui são estudados como espécie do gênero norma jurídica, que ocupa o ápice do ordenamento, com caráter irradiador com relação às demais normas e atos jurídicos, com texturas de generalidade e abstração mais elevadas do que as regras, elaborados em fórmulas que sintetizam um conjunto de idéias, que representam a positivação de valores e ideologias da Sociedade, seja visto, então, como verdadeiro catalizador para compreensão, interpretação, otimização e aplicação do Direito e do justo.

5 Conclusão

Em uma quadra primeira, os princípios eram encarados apenas como elementos inteiramente abstratos, metafísicos, não pertencentes ao mundo do ser, mas, sim, do dever-ser; contudo, já se os consideravam verdades primeiras, premissas do sistema. Contribuíam para essa confusão os diversos sentidos empregados (verificamos pelo menos seis deles neste trabalho), o que tornava difícil o desenvolvimento científico do conteúdo principal. Os conceitos desenvolvidos pelos juristas tinham como destacado defeito, assim reconhecido atualmente, a ausência do aspecto normativo. Não se tratavam eles, pois, de normas jurídicas com vigência, validez e obrigatoriedade. Contudo, já se encontrava em alguns autores o reconhecimento da dimensão ético-valorativa dos princípios, como postulados de justiça – foi o momento jusnaturalista.

No plano seguinte – momento positivista – foram rechaçados os princípios, desacreditados que estavam por sua derivação axiomática, e ideal de realização do justo da quadra anterior; tinha-se inclusive receio de mencioná-los. Alguns autores chegaram a substituir a denominação por idéia, receosos de vinculação de seus trabalhos ao Direito Natural. Numa segunda fase desse positivismo, houve um certo reflorescimento dos princípios; porém, eram fonte subsidiária, complementar, e não algo que se sobrepusesse à lei. Passou-se a admiti-los tanto quanto eram considerados, como emanações da própria lei, resultado de abstrações sucessivas e generalizações de regras particulares. A falta de reconhecimento da normatividade, contudo, tornava-os irrelevantes juridicamente.

Finalmente, no que se convencionou chamar até agora de pós-positivismo, os princípios passaram a ter reconhecido seu caráter normativo. Separando os conceitos de princípio e regra e admitindo-os como espécies do gênero norma jurídica, foi possível concluir que um sistema jurídico ou

ordenamento não é possível (nem sequer já existiu um antes), razoável ou eficiente apenas com a existência das regras. Isso porque na complexidade atual das relações em sociedade, nenhum conjunto de regras seria suficiente e fechado, e também não poderia passar ao largo dos valores da sociedade sua pauta axiológica[13], resultado das contradições vividas pela heterogeneidade da vida em comunidade.

Com a normatividade reconhecida, os princípios ganharam positividade, passaram a constar nas Constituições (passaram dos códigos, do direito privado, às constituições, sendo então estudadas por juspublicistas), revestiram-se de vinculatividade, obrigam em suas eficácias positiva e negativa tanto os comportamentos públicos como os privados. A interpretação e a aplicação de outras normas (sejam regras ou outros princípios) agora são ligadas aos princípios constitucionais.

Nem por isso regras e princípios assumiram uma idéia de hierarquia. Pelo contrário, desenvolveram-se estudos que concluíram pela ausência dessa hierarquia. Na verdade, são partes da norma que se complementam, cada qual em seu papel.

Nesse passo, foram expostos os critérios de Dworkin no que tange à aplicação das regras pelo método do tudo ou nada, pois as regras ou são aplicáveis ou não. No aparente conflito, a generalidade, a anterioridade, a especificidade e mesmo a hierarquia (dentre as regras em si) resolvem a situação. Já com relação aos princípios, o método é o do peso ou importância, e os aparentes conflitos são resolvidos por técnica de ponderação, em que há mitigação na aplicação de um ou de outro conflito, porém garantindo um núcleo mínimo que faça conviverem os princípios.

Talvez como resultado do que era a confusão de idéias sobre princípios, o que se verificou foi que na verdade eles são multifuncionais. Em sua face argumentativa, possibilitam o desenvolvimento, a integração e a complementação do Direito. Na fundamentadora, reconhece-se que são fórmulas básicas de interpretação e construção teórica do constitucionalismo. São verdadeiros guias que condensam valores, dão unidade ao sistema e condicionam a atividade do intérprete – vetores de sentido jurídico às demais normas, em sua face interpretativa. Por fim, na face supletiva, integram o direito, preenchendo aparentes 'vazios' regulatórios.

13 Registramos que Barroso (2006, p. 29), em artigo recentemente publicado, afirmou que uma "Constituição não é só técnica. Tem de haver, por trás dela, a capacidade de simbolizar conquistas e de mobilizar o imaginário das pessoas para novos avanços".

Embora todo esse desenvolvimento da principiologia possa deixar preocupados alguns, em especial com o aumento do subjetivismo e a abertura para um decisionismo[14], o fato é que excessos aconteceram em cada uma das quadras históricas estudadas. No pós-positivismo, que estuda essa normatividade atribuída aos princípios, estão em constante aprimoramento estudos para tornar – o mais possível – objetiva a utilização e a ponderação dos princípios, evitando-se o problema referido.

Finalmente, após passar pelos conceitos e caracteres apresentados com designações diversas (funções, dimensões, eficácias, entre outras — o que é característico de uma linguagem de tema em evolução), trabalhar a relação de hierarquia já referida aqui e também visitar classificações que vêm-se desenvolvendo, tudo com intuito de aprimorar e densificar a matéria, procurou-se atribuir a necessária cientificidade ao tema, caractere este que afastará (ao menos por algum tempo, é o que se crê) as especulações que possam derruir essa nova maneira de tratar o constitucionalismo e compreender o ordenamento jurídico.

Por fim, em observância ao que foi proposto de início, foi possível concluir, assim como o fez Cruz (2004, 118), que "os princípios constitucionais não estão, como já foi dito, 'fora' do ordenamento jurídico, mas são, isto sim, instrumentos 'superiores' para a interpretação, aplicação e mutação constitucional". A par disso, considerando os elementos reunidos no final do item precedente, em que se ensaiou um conceito para princípios, pretende-se aprofundar o tema o suficiente para instruir adequadamente a fundamentação da dissertação a ser desenvolvida no próximo semestre, em que um dos pilares é justamente o reconhecimento da normatividade dos princípios e a importância de eles serem qualitativamente observados, pois é bastante conhecida a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, lembrada por Chimenti (2005, p. 33), de que

> violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade [...].

14 Para Barroso (2006, p. 30), no pós-positivismo, "A interpretação e aplicação do ordenamento jurídico hão de ser inspiradas por uma teoria de justiça, mas não podem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais".

6 Bibliografia

ASSIS, Wilson Rocha. A normatividade dos princípios e a pós-modernidade . *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 1.011, 8 abr. 2006. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8212>. Acesso em: 15 nov. 2006.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004. 3. tiragem (2006).

_____. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. *Revista da Escola Nacional da Magistratura*, Brasília, ano I, n. 2, p. 26 a 72, out. 2006.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1995.

CHIMENTI, Ricardo Cunha et al. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

CRUZ, Paulo Márcio. *Fundamentos do Direito Constitucional*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2004. cap. 5.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais*: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

ESSER, Joseph. Grundstaz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Provat-rechts. 2. ed. Tübingen, 1964. p. 103. In: BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 268.

PAES, Arnaldo Boson. *A normatividade dos princípios constitucionais*. Disponível em: <http://www.trt22.gov.br/institucional/gabinetes/gdabp/estudos/normatividade.pdf>. Acesso em 16 nov. 2006.

PASOLD, Cesar Luiz. *Prática da pesquisa jurídica*: idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do Direito. 9. ed. Florianópolis: OAB Editora, 2005.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ. *Elaboração de trabalhos acadêmico-científicos*, Itajaí, ano 2, n. 4, out. 2004. Disponível em: <http://www.univali.br> Acesso em: 31 out. 2005. Pró-Reitoria de Ensino. Cadernos de Ensino. Formação continuada. Ensino superior. Edição especial eletrônica.

BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A CELERIDADE PROCESSUAL À LUZ DO DIREITO COMPARADO

ORDONNANCE DE RÉFÉRÉ E ORDONNANCE SUR REQUÊTE

Jaime Luiz Vicari*

Em sua conhecida obra *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*, René David (2002, p. 16 e 17) agrupou os vários ordenamentos jurídicos existentes no mundo ocidental em três grandes "famílias", denominando-as de "romano-germânica", também dita "continental", vigente em Portugal, Espanha, França, Itália, Alemanha, Áustria, Benelux, Escandinávia e países por essas nações colonizados; "*common law*", na Grã-Bretanha (excetuada a Escócia, que adota a "*civil law*") e países que foram por ela colonizados; e "socialista", para os Estados que, então, adotavam essa forma de governo (Rússia e o assim chamado *Leste Europeu*).

Ressalte-se que existem outros ramos ou famílias de direito, o que é reconhecido por René David, como o direito muçulmano, por exemplo. Contudo, esses demais sistemas legislativos não são tidos, propriamente, como integrantes do chamado "mundo ocidental".

Embora o direito francês pertença ao mesmo ramo ou à mesma família em que se abrigam os direitos português e brasileiro, romano-germânico pois, a verdade é que ele sempre manteve peculiaridades que lhe emprestam feições muito próprias. Em França, por exemplo, inexiste o chamado *judicial review* (controle judicial da constitucionalidade das leis), contrariamente ao que ocorre no Brasil, Portugal ou na Alemanha, respeitadas as peculiaridades

* Juiz de Direito de Segundo Grau, integrante da Câmara Civil Especial do Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

de cada um desses Estados. A França tem um sistema próprio em que o controle da constitucionalidade é político e não jurisdicional, sendo realizado pelo chamado *Conseil Constitutionnel*, que não é órgão do Poder Judiciário. Como lembra Sacha Calmon Navarro Coelho (1999, p. 102), "surgem as Cortes Constitucionais, ao lado da trindade dos Poderes, com a função de aferir a fidelidade das leis aos textos constitucionais, com maior ou menor elastério, dependendo do local".

O estudo do direito comparado é de vital importância para compreender a evolução dos diversos institutos de cada ordenamento jurídico, mormente para quem, como nós, atravessa a segunda década de minirreformas ou reformas pontuais do processo civil, que parecem não mais ter fim.

Eduardo J. Couture (1955, p. 38) ensina que

> a comparação é um simples instrumento da compreensão. Não existe conhecimento efetivo que não seja mediante comparação. Porém, não há comparação efetiva que não seja caracterizada por ser uma das mais generosamente dotadas de vozes gêmeas em língua castelhana. O direito que não compreende, não sabe e nem apreende. Compreender, dizia o poeta, é, em última palavra, distinguir o belo do vulgar, não o vulgar do belo[1].

O estudo do direito comparado pode, igualmente, fornecer subsídios ou alternativas para enfrentar os desafios da *jurisdição de massa* e da afluência cada vez maior das pessoas e entidades aos pretórios assim como de outro fenômeno da vida hodierna: a chamada *civilização de urgência* ou, permitida a *blague*, a civilização do *fast-food*.

O procedimento comum, porque dotado de cognição plena e exauriente, seja no plano horizontal, seja no plano vertical, é denominado por Elio Fazzalari (1989, p. 114) de "o arquétipo dos procedimentos jurisdicionais civis". Por meio dele é possível, como lembra Victor Fairén Guillén (1953, p. 53), "acabar para sempre com o litígio entre as partes", porque a elas se permite "maior extensão no desenvolvimento de suas pretensões", bem como maior amplitude dos "sistemas de defesa".

1 "*La comparación es un simples instrumento de la compreensión. No hay efectivo conocimiento que no sea comparativo. Pero no hay efectiva comparación que no sea caracterizada por ser una de las más generosamente dotadas de voces gemelas en lengua castellana. El derecho que no compreende, no sabe ni apreende. Compreender, decia el poeta es en último término, advertir lo bello de lo vulgar y no el vulgar de lo bello*" (COUTURE, 1955. p. 38, tradução livre do autor).

A antecipação de tutela genérica do artigo 273[2], a específica dos artigos 461 e 461-A[3] do nosso Código de Processo Civil e a fungibilidade, e*sta de mão única* – embora seja perfeitamente possível a adoção de provimentos cautelares dentro de um processo de conhecimento, a recíproca não se mostra verdadeira dada a absoluta incompatibilidade da natureza de uma e de outra dessas tutelas com a devida vênia –, prevista no § 7º do artigo 273, introduzidas no Código de 1973, assim como recentes alterações no processamento do agravo[4], recomendam que se examinem as providências adotadas pelos legisladores de outros países, em especial os da nossa família romano-germânica, para fazer frente à já referida *civilização de urgência* em que vivemos.

O Código de Processo Civil de Portugal, por exemplo, agrupa as demandas de urgência, a que chama "procedimentos cautelares especificados", nos artigos 393 a 427. Neles encontram-se a restituição provisória da posse, a suspensão das deliberações sociais, os alimentos provisórios, o arbitramento de reparação provisória, o arresto, o embargo de obra nova e o arrolamento. *O Codice di Procedura Civile*, por igual, disciplina, a partir do artigo 737, no Livro IV, os chamados *provvedimenti especiali*. Na Espanha, por força de reforma procedida no ano de 2000[5] em sua *Ley de Enjuiciamiento Civil*, há igualmente a previsão, nos artigos 437 a 447, de um procedimento rápido, porém plenário, e que, de regra, faz coisa julgada, denominado *del juicio verbal*, assemelhando-se, por assim dizer, aos procedimentos dos nossos juizados especiais cíveis.

Entre nossos vizinhos, o *Codigo General del Processo de la Republica Oriental del Uruguay* contempla os procedimentos cautelares de urgência nos artigos 311 a 317.3, e contém no artigo 317 a previsão do ajuizamento de medidas *provisionales y antecipadas*, com deflagração de ofício.

Na verdade observa-se que, diante do desafio comum, a civilização de urgência, esse *conflitto brutale* como assinala Tarzia (1985, p. 25), os diversos países que adotam o sistema romano-germânico passaram a utilizar-se de ferramentas processuais variadas, todas, porém, tendentes a imprimir maior celeridade ao feito, com as conseqüências de alargamento dos poderes concedidos ao juiz na condução do processo e do contingenciamento das atividades da defesa.

2 Lei n. 8.952, de 13 de dezembro de 1994.
3 Lei n. 10.444, de 7 de maio de 2002.
4 Lei n. 11.187, em vigor a contar de 20 de janeiro de 2006.
5 Ley 1/2000, de 7 de janeiro do mesmo ano.

Aborda-se aqui e de forma ligeira, sem maiores pretensões que dar breve notícia sobre o tema, o que fez a França em seu *Nouveau Code de Procédure Civile* acerca dos provimentos de urgência.

O *Code de Procédure Civile*, com as alterações implementadas pela Lei n. 2.000-916, de 19 de setembro de 2000, nos artigos 484[6] a 492 e 493[7] a 498, normatiza procedimentos céleres e de pronta eficácia para o jurisdicionado, a que denomina *ordonnance de référé e ordonnance sur requête*.

Trata-se de pleitos de urgência em que fica postergado ou eventualmente até suprimido o contraditório interno, isto é, dentro daquele procedimento, e que permitem obter, sem maior demora e mesmo, em alguns casos, sem assistência de advogado, uma provisão judicial que atenda à situação de premência exposta pela parte.

A doutrina francesa construiu que esse tipo de providência pode albergar toda e qualquer pretensão baseada na existência de uma obrigação *n'est pas sérieusement contestable*[8], ou seja, aquela situação em que se evidencia o direito líquido e certo, para usarmos de expressão corrente no foro e de entendimento pacificado entre nós.

É importante lembrar que, em Congresso de Direito Processual realizado em Porto Alegre, no início da década de oitenta, o eminente Professor Ovídio Araújo Baptista da Silva (1983) advogava a introdução de providências semelhantes em nosso ordenamento jurídico, com a extensão da possibilidade de concessão de *liminares* a todas as hipóteses em que se verificassem urgência e verossimilhança.

Em França, esse tipo de expediente tanto pode ser requerido ao presidente do *tribunal de instância* como do *tribunal de grande instância*.

6 Artigo 484 – "*L'ordonnance de référé est une decision provisoire rendue à la demande d'une partie, l'autre présente ou appelée, dans le cas où la loi confere à un juge qui n'est pas saisi du principal le pouvoir d'ordonner immédiatement les mesures nécessaires*".
"O mandado (ordem) de um processo sumário é uma decisão provisória, proferida a pedido de uma parte, presente a outra ou não, no caso em que a lei confere a um juiz que não é provocado (chamado) ao processo principal, o poder de ordenar (prescrever/determinar) imediatamente as medidas necessárias" (Tradução feita, a pedido do autor, pelo Des. Volnei Carlin, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina).

7 Artigo 493 – "*L'ordonnance sur requête est une décision provisoire rendue non contradictoirement dans le cas où le requérent est fondé à ne pas appeler de partie adverse*".
"O decreto (mandado) provocado (originado) de petição (requerimento) constitui uma decisão provisória proferida sem contraditório no caso onde o requerente está fundado (propenso, tem razões para) a não chamar a parte contrária" (Tradução feita, a pedido do autor, pelo Des. Volnei Carlin, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina).

8 "Não seja seriamente contestável" (tradução livre do autor).

Cuida-se, como dito, de tutelas de urgência, admissíveis em casos emergenciais, como perícias e constatações; medidas conservatórias ou de entrega de coisa em casos de perigo iminente; medidas para fazer cessar constrangimento manifestamente ilegal, como cessação de trabalho e de reconstrução, ainda que na hipótese de resistência com alguma ponderabilidade, e a concessão de alvarás a credores, ainda que consistam na entrega do valor total da soma reclamada.

A *ordonnance de référé*, entre outros efeitos, interrompe a prescrição e conseqüentemente o prazo para o ajuizamento de certo tipo de demandas que seriam entre nós tidas como "a ação principal".

No caso de vício construtivo de uma casa, por exemplo, o procedimento de indenização deve ser ajuizado, nos termos da lei civil francesa (ainda o velho *Code Napoléon*), dentro do prazo de dez anos do término dos trabalhos, sob pena de perecimento do direito. Mas o interessado poderá deflagrar o *référé* proximamente ao final do décimo ano e assim beneficiar-se de uma dilação temporal para ajuizar o pedido de indenização, equivalente à duração desse procedimento.

Para dar início ao processo urgente, a parte interessada endereça ao magistrado competente o seu pedido, deduzido por escrito e entregue em duas vias no cartório respectivo, em que requer a designação de audiência, a qual, em casos emergenciais, pode ser realizada inclusive aos domingos ou feriados, mas sempre assegurado um prazo razoável para que o adversário possa preparar a defesa *possível* numa cognição deveras sumária.

O próprio requerente examina a lista dos oficiais de justiça disponível em cartório, opta por um deles e fornece-lhe os meios e elementos para que a citação seja procedida com segurança.

As partes comparecem ante o juízo, no dia e hora marcados, ocasião em que são ouvidas informalmente pelo magistrado. Se ausente o demandado, o juiz pode limitar-se a tomar a versão do autor, como em nossas audiências de justificação. Não há propriamente oportunidade para opor uma defesa formal, mas é possível impugnar o *decisum* por meio de recurso à instância superior, recebido no efeito meramente devolutivo, no prazo de quinze dias, salvo se ele foi prolatado pelo primeiro presidente da corte de apelo.

Após, se julgar que há razoabilidade nas afirmações e risco de dano grave, o juiz profere decisão e manda expedir, *incontinenti*, uma *ordonnance de référé*, sob a forma de mandado executivo. Esse provimento é cumprido

imediatamente, na maior parte das vezes, como se fora execução provisória, na forma do artigo 700 do *Code de Procédure*, e sem caução, salvo se o magistrado entender prudente fixá-la.

As medidas determinadas num *référé* são sempre *provisórias* e o *juge de référé* jamais decide sobre o mérito, inocorrente a *res judicata* nos efeitos desses provimentos. Também não podem ser alteradas as medidas deferidas em *référé*, salvo diante do surgimento de novas circunstâncias de fato (portanto, não há pedido de reconsideração pura e simples, salvo se baseado em fatos supervenientes).

Ada Pellegrini Grinover (2005, p. 216) refere, em trabalho denominado *A Antecipação de Tutela e sua Estabilização*, abordando o *référé*, que, se o provimento inicial não for impugnado, a ele pode ser atribuída força executiva ou até efeitos de coisa julgada. É relevante assinalar, contudo, que a ilustre professora louva-se em parecer do estudioso do direito processual belga Piet Taelman, enquanto as considerações que ora se fazem dizem respeito ao processo civil francês, com normatização distinta, o que ela acaba por reconhecer à fl. 221 do trabalho mencionado.

Outro ponto a ser destacado é que, contrariamente ao que ocorre entre nós, o magistrado que conhece do *référé* fica afastado do possível exame do *mérito* da questão, pois, conforme se deflui do artigo 6º da Convenção Européia dos Direitos do Homem[9], a cognição do exauriente não pode partir

9 "*Artigo 6° (Direito a um processo equitativo)*
1. Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. O julgamento deve ser público, mas o acesso à sala de audiências pode ser proibido à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a protecção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstancias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça.
2. Qualquer pessoa acusada de uma infracção presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada.
3. O acusado tem, como mínimo, os seguintes direitos:
a) Ser informado no mais curto prazo, em língua que entenda e de forma minuciosa, da natureza e da causa da acusação contra ele formulada;
b) Dispor do tempo e dos meios necessários para a preparação da sua defesa;
c) Defender-se a si próprio ou ter a assistência de um defensor da sua escolha e, se não tiver meios para remunerar um defensor, poder ser assistido gratuitamente por um defensor oficioso, quando os interesses da justiça o exigirem;
d) Interrogar ou fazer interrogar as testemunhas de acusação e obter a convocação e o interrogatório das testemunhas de defesa nas mesmas condições que as testemunhas de acusação;
e) Fazer-se assistir gratuitamente por intérprete, se não compreender ou não falar a língua usada no processo."

de quem desempenhou a cognição do sumário, por serem atividades tidas como incompatíveis para o mesmo julgador. É interessante observar que entre nós a opção do legislador é exatamente a oposta: o juízo da demanda cautelar fica prevento para o processamento do feito principal ou de mérito e o magistrado que antecipa a tutela em cognição sumária será o prolator da sentença, finda a cognição exauriente, salvo os casos de promoção, aposentadoria e assemelhados.

A parte prejudicada pela decisão pode interpor recurso, mas, tendo em conta que o provimento não produz coisa julgada e que ao recurso não se atribui efeito suspensivo, esse apelo é despido de qualquer utilidade prática.

No curso do *processo principal*, curiosamente e ao reverso do que prevê o artigo 800[10] do nosso Código de Processo Civil, a ser deflagrado por aquele que suportou o procedimento de urgência e não pelo requerente dessa medida, é que irá ser examinada a lide propriamente dita, no sentido que Francesco Carnelutti e o nosso Código de Processo lhe emprestam, podendo o juiz da lide, ou seja, da demanda principal, ditar provimento em sentido oposto àquele prolatado, anteriormente, pelo *juge de référé*.

Diante da resistência da parte requerida pode o magistrado fixar *astreintes*, como forma de impor o cumprimento da decisão, dispondo ainda sobre o reembolso das despesas do processo.

A *ordonnance sur requête*, a sua vez, é decisão provisória tomada sem contraditório, diante de petição fundamentada e entregue em cartório com duas vias e, em caso de urgência, até mesmo na residência do juiz.

Os documentos, tanto de um como de outro desses procedimentos, são mantidos em cartório.

O professor Roger Perrot, referido por Ovídio A. Baptista da Silva (1998, p. 3-5), diz que, em França, o princípio de jurisdição colegiada de primeiro grau, tradicionalmente seguido, vem sendo substituído, na prática, menos por razões doutrinárias do que por exigências decorrentes do constante crescimento do volume de processos, por juízos monocráticos. É nesse contexto que se redescobriu, inicialmente, como fruto de jurisprudência, convertida em lei no ano 2000, a chamada *juridiction de référé*. Ainda conforme Roger Perrot, ela caracteriza-se como uma "jurisdição presidencial", porque os provimentos de urgência são adotados pelo presidente da corte,

10 Artigo 800 – As medidas cautelares serão requeridas ao juiz da causa; e, quando preparatórias, ao juiz competente para conhecer da ação principal.

inicialmente sob forma *provisória* e sem prejuízo da *ação principal*, e mais tarde como medidas francamente satisfativas que não só interferem no mérito da demanda principal, realizando concretamente o direito litigioso, como até o superam, dada a irreversibilidade dos efeitos, tornando supérflua e inútil futura sentença da ação de mérito, ante o fato consumado.

Assinale-se que as observações dos eminentes professores francês e brasileiro são anteriores à edição da Lei n. 2.000-916, de 19 de setembro de 2000, que normatizou a *juridiction de référé*. É mais um caso, dentre tantos, em que, a partir da prática jurisprudencial, alterou-se a legislação de procedimentos. Também é relevante assinalar que as condições socioculturais da França e o constante aumento de feitos subjazem a essas alterações que ditaram o surgimento da *juridiction de référé*.

Como se vê, o legislador gaulês, posto à frente dos desafios que nos são apresentados pela *sociedade do instantâneo* em que vivemos, adotou ritos céleres e desformalizados, até com algum sacrifício da dialética processual, para dar resposta ao jurisdicionado em tempo razoável, como quer o inciso LXXVIII do artigo 5º da nossa Lei Maior.

A eventual adoção de medidas equivalentes no Brasil, o eventual sacrifício maior ou menor no direito de defesa, por evidente, devem levar em conta o grau de desenvolvimento econômico-social, as tradições históricas e culturais e outros elementos de nossa sociedade, que permitam identificar aquilo que, *cum grano salis*, podemos chamar de *volksgeist*.

Mas, afastados os exageros trazidos pelo entendimento equívoco do que realmente apregoavam Cappeletti e Garth (1988), ao falar em *acesso à justiça*, é dever de todos nós, em especial dos operadores do direito, meditar sobre as diversas possibilidades de imprimir maior rapidez à prestação jurisdicional, até porque, como já mencionado, o inciso LXXVIII do artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil determina que, *a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.*

Bibliografia

BRASIL, Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. 37.ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2005.

BRASIL, Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 17-1-1973.

BRAUDO, Serge. *Dictionnaire du droit privé*. Disponível em: <http://www.dictionnaire-juridique.com/definition/refere.php>. Acesso em: 2 mar. 2007.

CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução Ellen Gracie Nortfleet. São Paulo: Fabris, 1988.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. *O controle da constitucionalidade das leis e do poder de tributar na Constituição de 1988*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

COUTURE, Eduardo J. *Discurso de abertura como decano da Faculdade*, set./out. 1954,Centro de Estudios de Derecho Comparado, Montevideo: 1955.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 3. ed. Tradução Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

ESPANHA. *Ley de Enjuiciamiento Civil*. Disponível em: <http://civil.udg.es/normacivil/estatal/lec/L2T3.htm>. Acesso em: 7 mar. 2007.

ESTOUP, Pierre. *La pratique des procédures rapides*: référés, ordonnances sur requête, procédures d'injonction. Paris: Litec, 1990.

FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. 5. ed. Padova: Cedam, 1989.

FRANÇA, *Nouveau Code de Procédure Civile*: Code de Procédure Civile, Code de L'Organisation judiciaire, Voies d'exécution. 95. ed. Paris: Dalloz, 2003.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A antecipação de tutela e sua estabilização. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *Estudos de Direito Processual Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GUILLÉN, Victor Faillen. *El juicio ordinário y los plenarios rapidos*. Barcelona: Boch Casa Editorial, 1953.

ITÁLIA, *Codice di Procedura Civile*. Disponível em: <http://www.studiocelentano.it/codici/cpc/codicedpc004_2.htm>. Acesso em: 6 mar. 2007.

PORTUGAL, *Código de Processo Civil*. Coimbra: Almedina, 1997.

PORTUGAL, *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.portolegal.com/CPCivil.htm>. Acesso em: 3 mar. 2007.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Do processo cautelar*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

_____. Palestra sobre tutela de urgência. In: *I Congresso Brasileiro de Direito Processual Civil*, Porto Alegre, jul. 1983.

TARZIA, Giuseppe. Considerazioni Comparativa sulle Misure Provvisorie nel Processo Civile. *Rivista di Diritto Processuale,* 1985, p. 252.

UNIÃO EUROPÉIA, Conselho da Europa. *Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais*. Roma, 4. nov. 1950. Disponível em: <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhregionais/conv-tratados-4-11-950-ets-5.html>. Acesso em: 3 mar. 2007.

URUGUAY,Codigo General del Processo. 4. ed. Montevideo: Fundación Cultura Univercitaria, 1944.

POSSE NO ATUAL CÓDIGO CIVIL: ALGUNS REDIMENSIONAMENTOS NECESSÁRIOS AO POLÍTICO DO DIREITO

Janine Stiehler Martins*

Sumário

1 Introdução. 2 Considerações preliminares sobre as principais teorias da posse. 2.1 Teoria subjetiva de Savigny. 2.2 Teoria objetiva de Ihering. 3 O confronto entre posse e propriedade em ações possessórias. 4 O papel do político do Direito no contexto dos interditos possessórios. 4.1 Anotações sobre os fundamentos da Política Jurídica e seu papel harmonizador na construção da norma jurídica concreta. 4.2 A função social da posse e a contribuição do político do Direito. 5 Considerações finais. 6 Bibliografia.

Resumo

O confronto, em ações possessórias, dos institutos da posse e da propriedade foi atenuado pela modificação legislativa do Código Civil de 2002 que impediu a invocação de título de domínio em tais ações, consagrando-se a separação absoluta entre os juízos possessório e petitório. O presente estudo sustenta a necessidade de igualar hierarquicamente ambos os institutos, propondo-se ao político do direito, como fundamento de legitimidade da decisão judicial, o resgate da validade material da norma, ou seja, a adequação aos valores de Justiça, Ética, Legitimidade e Utilidade. A supremacia da posse ou a desvalia da

* Juíza de Direito titular da comarca de Navegantes/SC. Mestranda em Direito pela Univali – Itajaí/SC. E-mail: js10551@tj.sc.gov.br

propriedade, em ação possessória, ultrapassa a questão do justo título, e deve advir da correlação entre o princípio da função social da propriedade e o reconhecimento da sua coexistência com o princípio da função social da posse, com vistas a conceber uma solução compatível com o que é socialmente desejado e necessário à sociedade em cada caso concreto.

Expressões-chave: Posse e pureza das ações possessórias. Função social da posse. Contribuição do político do Direito.

1 Introdução

O presente estudo intenta apresentar, inicialmente, a compreensão sobre a natureza da posse e a sua proteção no atual Código Civil, por meio da delimitada diferença entre as teorias subjetiva e objetiva da posse, usualmente citadas mas não compreendidas em sua essência pelos aplicadores do Direito. Por isso, analisar-se-á, em seguida, o que levou o legislador, no art. 1.210, § 2º, do mesmo diploma, a impedir a discussão sobre propriedade em ações possessórias, e o natural confronto entre posse e propriedade em tais ações.

Mais à frente, serão apresentados alguns aspectos dos fundamentos da Política Jurídica e seu papel harmonizador diante da criação judicial do Direito, ou seja, da norma jurídica concreta, mais especificadamente, nas ações possessórias.

Por derradeiro, analisar-se-á o reconhecimento da existência da função social da posse e da possível contribuição do político do Direito para a equiparação de hierarquia entre posse e propriedade, com a relegação de divergências e discussões procedimentais para segundo plano e com a consagração, no processo judicial, daquele instituto ─ posse ou propriedade ─ que melhor cumprir sua função social.

2 Considerações preliminares sobre as principais teorias da posse

2.1 Teoria subjetiva de Savigny

Para Savigny[1], autor da teoria subjetivista da posse, esta nasce como uma situação de fato que, ao ser protegida pelo Direito, acaba por se transfor-

1 O autor escreveu a obra "Tratado da Posse" no ano de 1803, com apenas 24 anos de idade, segundo GOMES, Orlando. *Direitos reais*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, 19. ed., revisada, atualizada e aumentada segundo Luiz Edson Fachin.

mar em um direito. Segundo esta teoria é necessário, para a caracterização da posse, o elemento objetivo (*corpus*), isto é, a apreensão física direta da coisa, dentro da esfera de seu poder; e também o elemento subjetivo (*animus domini*), ou seja, vontade de ter a coisa como sua.

A teoria subjetiva distingue, assim, a mera detenção da efetiva posse, por considerar a primeira como mera existência do elemento objetivo. O fundamento da proteção possessória encontra-se no princípio geral de que todos devem ter a proteção do Estado contra qualquer ato de violência. Assim, Savigny entende ser a posse um poder de dispor fisicamente da coisa, com o ânimo de considerá-la sua e defendê-la contra a intervenção alheia. A ausência de um dos elementos citados – *corpus* ou *animus domini*, acarreta a inexistência de posse, respectivamente, pela ausência de relação de fato entre a pessoa e a coisa, ou pela caracterização de mera detenção sobre a coisa.

Em síntese, a posse é direito e fato: considerada em si mesma, é um fato; considerada nos efeitos que gera, é um direito.

2.2 Teoria objetiva de Ihering

A teoria objetivista da posse, de autoria de Ihering (2002), caracteriza-se por entender que o elemento objetivo da posse, citado por Savigny, é suficiente para comprovar a existência de posse. O autor vai além ainda ao explicar que a presença desse elemento objetivo pode ser detectado, com as escusas pelo propositado pleonasmo, de maneira objetiva, pois, segundo ele, a posse é a exteriorização da propriedade, sua parte visível. O possuidor age em nome da coisa como se fosse o proprietário. Ao vislumbrar a posse, presume-se a propriedade.

A intenção de ter a coisa como sua (*animus*), nos termos do elemento subjetivo de Savigny, é despicienda, segundo Ihering, para a comprovação da posse, a qual passa a existir quando esta preenche sua finalidade econômica, de acordo com a ordem natural das coisas. Isto significa que, para o autor, não há a necessidade do poder de fato sobre a coisa para a ocorrência do elemento objetivo, apresentando um elemento diferenciador sobre o próprio conceito de *corpus* trazido por Savigny. Como exemplo da existência da posse, para Ihering, pode-se citar a colheita deixada no campo por um produtor: embora não a tenha fisicamente, a conserva em sua posse pois age como o proprietário ordinariamente o faz. Contrariamente, *v. g.*, se o produtor deixa

uma jóia no mesmo local, não mais conserva a posse sobre ela, pois não é assim que um proprietário deve agir em relação a um bem desta natureza.

Ihering explica que o *animus* está subentendido no comportamento do possuidor, pois se age como dono, é porque quer ser dono, quer dizer, o *animus* já se encontra no conceito de *corpus*, sendo este explicado com o propósito de servir-se da coisa como proprietário, em vista de sua função econômica. Acrescenta ainda Ihering (2002, p. 55-61) que:

> O *corpus*, segundo a teoria dominante, é o poder *físico*, com a supremacia de fato sobre a coisa. Esta é a noção *fundamental* de acordo com a teoria atual. Ela é absolutamente errônea, como se pode ver da minha obra já citada sobre o *Fundamento da Proteção Possessória* [...] Reconhece-se pois a posse exteriormente. Os terceiros podem saber se a relação possessória é normal ou anormal [...] A teoria reinante não nos presta auxílio algum; limita-se a dizer se o possuidor continua possuindo, mas não nos diz como os terceiros podem e devem reconhecer se ele possui ou não.

Na presente teoria, o Direito protege a posse não por ela em si, mas pela propriedade que a posse faz supor – protege a posse para proteger os direitos do proprietário. Em suma, a posse é a condição de fato da utilização econômica da propriedade, é um meio de defesa da propriedade e é uma rota que leva à propriedade. O direito de possuir faz parte do conteúdo do direito de propriedade.

O Código Civil atual, assim como já o fazia o de 1916, adotou predominantemente a teoria objetiva de Ihering, apesar de ter-se inspirado na teoria de Savigny. Consoante redação do seu art. 1.196, “considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade”.

3 O CONFRONTO ENTRE POSSE E PROPRIEDADE EM AÇÕES POSSESSÓRIAS

A posse, para o legislador brasileiro, é o exercício de alguns dos poderes peculiares à propriedade – a exteriorização da propriedade. É um poder de fato que alguém detém sobre algo com o exerício do direito de usar (faculdade de utilizar a coisa para obter as finalidades a que ela se destina), gozar (colher os frutos da coisa), dispor (possibilidade de dar o destino que melhor lhe aprouver a coisa) e reaver a coisa de quem a possuir sem razão jurídica.

Nesse sentido, muita discrepância ocorre na lide forense sobre o conceito de possuidor em ações possessórias, principalmente nas relativas a bens imóveis. Exige-se, para o autor da ação que postula proteção possessória, estivesse ou esteja na posse fática efetiva do imóvel anteriormente ao esbulho ou concomitantemente à turbação? O que é poder de fato sobre a coisa? Mais precisamente, qual o conceito de possuidor em ações possessórias?

Incontáveis decisões judiciais extinguem ações possessórias, liminarmente, pela falta de comprovação de posse de fato por parte do autor da demanda. Entretanto, certamente tal divergência surge pela separação absoluta entre os conceitos de posse e de propriedade, reservando-se as ações possessórias somente para aqueles que pretendem discutir posse, sem nenhuma apresentação de título de propriedade para confronto com a parte contrária. Tal questão é comumente conhecida pela chamada pureza dos interditos possessórios, ou seja, a impossibilidade de invocação de propriedade, amparada ou não por justo título, por uma ou ambas as partes na maioria das ações possessórias.

Tal questão causa grande divergência no seio jurisdicional e, de conseguinte, conflitos e discrepâncias nas decisões judiciais. Sabe-se que a posse é, antes de tudo, um fato material, não jurídico, a tanto que nas ações possessórias verifica-se quem tem a posse (*jus possessionis*) não o direito a ela (*jus possidendi*). Assim, em geral, nelas não se discute propriedade, mas apenas a existência do poder de fato sobre a coisa. Porém, consoante entendimento jurisprudencial pacificado até a edição do atual Código Civil, havia uma exceção, permitindo a invocação de propriedade em ações possessórias: a) se a posse fosse duvidosa, ou seja, se nenhuma das partes conseguisse provar satisfatoriamente sua posse, no sentido da evidência de que o possuidor não é dono da coisa; e b) se ambos litigassem com base no domínio (propriedade), ou seja, que a posse estivesse sendo disputada a este título. Neste caso, aplicar-se-ia então o disposto no art. 505[2] do Código Civil de 1916 – a exceção de domínio (*exceptio proprietatis*).

Destarte, a *exceptio proprietatis*, adotada pelo Código Civil de 1916 e largamente reconhecida e aplicada pelos tribunais na forma supra-expli-

2 "Art. 505. Não obsta à manutenção, ou reintegração na posse, a alegação de domínio, ou de outro direito sobre a coisa Não se deve, entretanto, julgar a posse em favor daquele a quem evidentemente não pertencer o domínio".

citada, em seu art. 505, surgiu como meio de adequar a pureza das ações possessórias à possibilidade de resguardo aos litigantes que dispunham de título de propriedade, a tanto que a matéria chegou a ser objeto da Súmula 487 do STF: "Será deferida a posse a quem, evidentemente, tiver o domínio, se com base neste for ela disputada".

A seu turno, o Código Civil de 2002, na tentativa de ratificar a pureza das ações possessórias e impedir a invocação de propriedade em tais ações, suprimiu a segunda parte do art. 505 do Código Civil de 1916 e expressamente não recepcionou o instituto jurídico da exceção de propriedade (*exceptio proprietatis*) nos interditos possessórios, consoante redação do art. 1.210, § 2º[3], do CC.

Uma primeira análise sobre a modificação legislativa pode suscitar a questão da aparente incongruência de que um direito considerado maior – a propriedade ─ ceda diante de um menor – a posse. Além disso, para os que aceitam a teoria de Ihering, a extirpação da exceção de propriedade é incompatível com o conceito objetivo de posse, segundo o qual a proteção possessória é justificada como uma posição defensiva do proprietário, ou seja, para a finalidade de facilitar a proteção da propriedade.

A proteção possessória, desde o Direito Romano, distingue os juízos possessórios – referentes somente à posse ─ e os juízos petitórios – referentes à questão de propriedade ─, permitindo que uma pessoa munida de título de propriedade seja perdedora em ação possessória. Esse fato, até mesmo, gera imensos conflitos quanto ao instituto da coisa julgada nas ações possessórias e petitórias, deixando as partes à mercê de decisões judiciais conflitantes relativas ao mesmo imóvel e à mesma questão de fundo.

Orlando Gomes (2004, p. 102) explica que:

> [...] à primeira vista, tal princípio parece injusto, e mesmo paradoxal, porque ou admite que o fato prevaleça sobre o direito, ou faz com que direito maior ceda diante do menor. Justifica-se, no entanto, em face da finalidade das ações possessórias, que, por sua natureza, não comportam discussão sobre o domínio. Protege-se pura e simplesmente a posse, embora, muitas vezes, se sacrifique a realidade pela aparência. Mas nem por isso o dono da coisa está impedido de defender a sua propriedade contra quem possui a coisa indevidamente. O que se diz é que o meio

3 "Art. 1.210, § 2º . Não obsta à manutenção ou reintegração na posse a alegação de propriedade ou de outro direito sobre a coisa".

> processual é impróprio, pois a ação possessória se destina a dirimir litígios relativos à posse, não à propriedade. Para a garantia do seu direito, o proprietário dispõe da ação de reivindicação, a ser exercida precisamente contra o possuidor que detém injustamente o bem. É uma ação petitória, que não se confunde com as ações possessórias, consoante entendimento pacificamente admitido desde os romanos.

E continua, mais adiante:

> Nos termos da lei processual, é defeso intentar o reconhecimento do domínio na pendência do processo petitório, mas se entendendo que a posse deve ser deferida a quem evidentemente tiver o domínio se com base neste for disputada. Sustenta-se, também, que, por economia processual, se deveria permitir o conhecimento, na possessória, de matéria petitória, evitando-se a propositura de duas ações. Seria, porém, instaurar a confusão em toda ação possessória, reunindo ações de finalidade diversa. A proibição de cumulação do juízo possessório e petitório é de ordem pública e verificável *ex officio* pelo juiz (GOMES, 2004, 102).

Dito isso, necessário esclarecer que o presente estudo não visa tecer considerações sobre as divergências doutrinárias e/ou jurisprudenciais sobre questões dogmáticas e de mera processualística, mas sim redefinir o papel do magistrado, na condição de político do Direito, quando em confronto com tais situações.

A posse não é inferior à propriedade, nem esta, diante da extinção da exceção de propriedade, passou a ser mais importante que aquela. O ponto central de tal discussão perpassa por questão muito mais importante, qual seja, a exigibilidade de existência de função social em ambos os institutos. E nesse sentido, a Política Jurídica, ao trabalhar com critérios racionais e objetivos para o arbitramento valorativo da norma, é importante ferramenta aos aplicadores do Direito. Tanto a posse como a propriedade devem auxiliar para que a sociedade, como um todo, seja beneficiada por aquele direito de posse ou por aquele direito de propriedade. Este reconhecimento harmonizará a teoria objetiva de Ihering com a pureza dos interditos possessórios, pois o que bastará ao magistrado é que uma das partes comprove estar exercendo, mais legitimamente que a outra, a função social da posse ou da propriedade por si invocada na ação possessória.

Tal questão será, à frente, examinada mais a fundo.

4 O PAPEL DO POLÍTICO DO DIREITO NO CONTEXTO DOS INTERDITOS POSSESSÓRIOS

4.1 Anotações sobre os fundamentos da Política Jurídica e seu papel harmonizador na criação da norma jurídica concreta

A função do Direito transcende uma simples compatibilização entre conflitos aparentes e normas de conteúdo substantivo ou processual, visando uma nova postura teórica e humanista do jurista no alcance de normas socialmente desejadas, no sentido de justas, úteis e eficazes.

O direito positivo não pode ser fechado às conquistas sociais e ao projeto de solidariedade fulcrado na realização da cidadania. Dessa forma, incumbe à Política do Direito uma visão não dogmática, mas comprometida com a transformação da sociedade e dos seus interesses, os quais podem ser racionalizados pelo legislador e pelo Juiz. Essa racionalização intenta a busca da validade material da norma, ou seja, compatibilizar o socialmente desejado e necessário ao homem, e não apenas a sua validade formal, mediante obediência às normas processuais para sua vigência.

Ferreira de Melo (1994), em sua obra "Fundamentos da Política Jurídica", ressalta que a Política do Direito deve estar comprometida com o Justo, Ético, Legítimo e Necessário. O mesmo autor cita, em sua obra, que os autores que dedicaram atenção e importância à Política Jurídica foram reducionistas em suas concepções.

Por não ser o objeto específico deste trabalho, deixa-se de apresentar as diversas conceituações sobre a categoria em foco, apenas acrescentando-se que os referenciais teóricos da Política Jurídica, segundo o autor em tela, abrangem questões de natureza ideológica e epistemológica. Nesta segunda função, ressalta-se da obra em questão a necessidade de crítica ao direito vigente, cujos princípios e normas devem ser cotejados à luz de critérios racionais de Justiça, Utilidade e Legitimidade, pela busca em fontes formais e informais de representações jurídicas do imaginário social que se legitimem na Ética, princípios de Liberdade e Igualdade, e na Estética da convivência humana. Necessária, assim, a vinculação da Ética à Política, compatibilizando-se o que é moralmente correto ao que é socialmente útil,

para o fim de construir novos paradigmas democráticos e de fazer atuar o Direito como instrumento de transformação social.

Ferreira de Melo (1994, p. 99) explica que:

> muitos juristas temem que a abertura jurídica a um trabalho interdisciplinar e a uma aproximação maior a um paradigma axiológico, seja o caminho da autodestruição do Direito. Ledo engano. O direito, se não for entendido simultaneamente como fato, valor e norma, visão tridimensional exposta lucidamente por Miguel Reale, não permitirá jamais a necessária aproximação entre a regulação social e a regulação jurídica ou seja entre o mundo das práticas sociais e o da positivação.

E continua:

> [...] Nem todas as práticas sociais são necessariamente boas, ou seja, melhor adequadas para a solução justa dos conflitos que as proposições do senso teórico do jurista. No entanto elas têm, em regra, mais condições de ganhar eficácia pela chamada legitimidade da fonte. Da mesma forma não será, pelo fato de residir no social, que o costume possa ser invocado inconseqüentemente, para dirimir questões originadas na complexidade da vida contemporânea [...] (MELO, 1994, p. 99).

Diz-se da Política Jurídica a "disciplina que tem como objeto o Direito que *deve ser* e *como deve ser*, em oposição funcional à Dogmática Jurídica, que trata da interpretação e da aplicação do Direito que é, ou seja, do Direito vigente", ou "o conjunto de estratégias que visam à produção de conteúdo da norma, e de sua adequação aos valores Justiça (V) e Utilidade Social (V)"(MELO, 2000, p. 77).

Os limites do presente estudo impedem, naturalmente, digressões aprofundadas sobre a Hermenêutica. A construção da norma jurídica concreta, ou seja, a criação judicial do direito dá-se pela interpretação e aplicação da lei por uma fonte legitimada, que atualmente não mais se circunscreve apenas na lei, doutrina, costume, jurisprudência e analogia. Os desafios atuais são mais complexos e tormentosos para o político do direito, exigindo-lhe uma postura mais criativa que consiga angariar maior consenso social possível, aí não se justificando, por outro lado, uma idéia de justiça livre, não criteriosamente selecionada.

As necessidades sociais são a fonte da Política Jurídica, de modo a aproximar-se da capacidade de responder às crenças sociais e legitimar a asseguração de valores fulcrados na sociedade. A norma passa a ser eficaz e

válida não somente porque é vigente, mas porque conforma a legitimidade de seu conteúdo e seus fins aos sentimentos de justiça e aquiescência social.

Nesse sentido, Ferreira de Melo (1994) discorre sobre a possibilidade de racionalizar critérios de justiça, e dentre eles arbitrar a norma de acordo ou não com uma obrigação moral de agir, harmonizando-a com a moralidade aceita pela comunidade. E denomina este critério de justiça como legitimidade ética, diminuindo o impacto e a diferença entre o direito desejado e o direito posto.

O papel da Política Jurídica não é negar vigência ao direito posto, mas sim harmonizá-lo e examinar a justiça como um valor atribuído à norma pela consciência jurídica da sociedade, de maneira que satisfaça as necessidades legítimas da sociedade.

É neste viés que o papel do político do direito adquire extrema importância diante da proteção ao possuidor que cumpra sua função social, o que será analisado a seguir.

4.2 A função social da posse e a contribuição do político do Direito

Como já mencionado, a discussão processualística da pureza das ações possessórias e da impossibilidade da oposição de título de propriedade em tais ações relega, a segundo plano, o verdadeiro fundamento de tamanha divergência: o reconhecimento da posse como instituto jurídico diminuto e inferior ao da propriedade. E mais: a superioridade do domínio em relação à posse não passa da possibilidade de apresentação de título de registro imobiliário.

Já na Lei das XII Tábuas, de longe, o referencial mais distante do Direito Romano, havia uma preocupação em minimizar o litígio no uso da propriedade e preservar o melhor uso das riquezas, de modo que coibisse a destruição ou o desperdício. No mesmo norte, embora o *dominium*, ou seja, a propriedade individual, para o qual converge o antigo *mancipium*, conferisse o caráter absoluto da propriedade da família romana e revelasse um *plus* à importância da questão patrimonial, ao mesmo tempo dava exemplos de direcionamento a uma nova tendência econômica e social das coisas, observando-se a clara submissão do exercício da propriedade ao interesse social, conforme Pezzella (1998).

A propriedade privada urbana, à luz das Constituições Brasileiras, teve seu conceito interferido por valores diversos (políticos, ideológicos, jurídicos etc.). Segundo Costa (2003), a primeira fase da história constitucional brasileira abrange o período imperial, da proclamação da Independência ao advento da República, ao passo que a segunda fase perdurou durante a Primeira República, implantando-se, formalmente, as instituições liberais, alicerçadas na concepção individualista da propriedade. No terceiro período do Constitucionalismo Brasileiro, a partir da Carta de 1934 até 1967/69, surgiu um rol de princípios enfatizantes do aspecto social dos direitos fundamentais. A quarta fase deu-se a partir da Constituição de 1988 e segue até os dias atuais, quando ocorreu o processo de redemocratização do país, ampliando-se, significativamente, o rol de direitos fundamentais, dentre eles, a propriedade privada (art. 5º, XXII), vinculando-a, porém, ao cumprimento de sua função social (art. 5º, XXIII). Ou seja, o direito de propriedade fica vinculado ao desenvolvimento social, mediante regras de interesse público, e não mais, doravante, meramente de interesse privado.

Como se vê, a dogmática principiológica impõe a concretização da aplicação social implícita nas normas constitucionais da Carta de 1988. Renomados autores, civilistas e constitucionalistas, entendem a adoção do princípio constitucional da função social da propriedade, no atual Código Civil, como uma reação da ordem jurídica contra os desperdícios da utilização do bem por parte dos respectivos proprietários.

Necessário ressalvar, porém, que todos os doutrinadores reconhecem a necessidade de garantir a propriedade privada, sem risco de socialização da propriedade, assegurando, unicamente, a consciência social do homem e o sentimento de solidariedade política, econômica e social.

A Constituição da República Federativa do Brasil, em seu art. 5º e art. 182, § 4º, dispõe que a propriedade somente merece proteção se cumprir com sua função social; e, paralelamente, o art. 1.228, § 1º[4], do atual Código Civil, apresenta a preocupação com a função social da propriedade, aparentemente procurando nos juristas a obediência ao caráter social do direito de propriedade como princípio de ordem pública, impondo seja ele exercido em consonância com suas finalidades econômicas e sociais.

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

Dessa forma, questão de relevo, atualmente, é saber se há ou não uma mudança no conceito tradicional de propriedade, diante da passagem dos sistemas liberais, sociais e os ciclos constitucionais brasileiros, principalmente diante da consolidação, na atual Constituição Federal Brasileira, do princípio da atividade econômica, de nítido conteúdo programático, segundo o qual a propriedade deverá exercer sua função social, mediante linhas diretoras para a ação pública, cuja previsão primeira remonta à Carta Magna de 1934 (TEPEDINO, 2000). Barroso (2003) explica que tal preceito conduz a um conteúdo de inconstitucionalidade relativamente aos atos com ele incompatíveis, gerando direito ao administrado de opor-se judicialmente ao cumprimento de regras contrárias a este preceptivo. A seu turno, Mello Motta (1997) acrescenta que a subordinação da propriedade a fins outros que não o mero domínio voluntarístico do proprietário marcou um rompimento com seu princípio individualista, surgindo o conceito de propriedade como função social e a necessidade de o sistema jurídico, por meio de seus aplicadores e estudiosos, resolver as tensões daí decorrentes.

Por outro lado, se a posse é o exercício de uma situação de fato sobre alguma coisa que cumpre a sua finalidade econômica em relação ao seu possuidor e, por isso, é protegida pelo Direito, pode-se definir que a posse também deve ter função social.

Destarte, impõe-se redelimitar o papel e a importância da posse como instrumento de pacificação social.

Ana Rita Vieira Albuquerque (2002) adverte que a concepção de uma teoria social da posse remonta a Perozzi que, em 1096, publicava a primeira edição de sua obra “Instituição de Direito Romano”, na qual considerava a posse como relação de fato, e não de direito, que dependia do costume social de absterem-se todos do uso de uma coisa aparentemente não livre, em respeito à paz social. Diversas outras obras de relevo daí se seguiram, sendo interessante anotar, neste diapasão, as teorias do fato socioeconômico potestativo (no qual a posse ultrapassa a idéia de coisa puramente material, esta não dissociada do fato social), e da teoria portuguesa da posse útil (inserida na Constituição Portuguesa de 1976, na qual há um direito de gozo que, não necessariamente, se equipara à posse em sentido técnico).

Assim, embora não comum esta lembrança no meio forense, pode-se afirmar, sem dúvida, que ao lado do princípio da função social da propriedade encontra-se o princípio da função social da posse. Ora, se ao proprietário incumbe exercer seus poderes em respeito ao aspecto social do domínio,

ao possuidor também releva representar o conteúdo social de sua vontade, e não meramente uma vontade vazia de possuir. A posse, ainda que potencialmente seja a exteriorização do domínio, não deixa de caracterizar um instituto autônomo e próprio, que pode e deve ser reconhecido com valor de igual peso, mesmo que em detrimento da relação proprietária.

Ademais, relegar-se a posse, como usualmente feito pelo Código Civil de 1916, em instituto inferior à propriedade, é algo que não mais persiste após a Constituição de 1988 e a ratificação do princípio da função social deste instituto no atual Digesto Civil. A concretização, paralelamente, da função social da posse exigirá a ponderação de bens entre os diferentes princípios jurídicos. Chega-se, aqui, à possibilidade real de colisão entre os princípios da função social da propriedade e o da função social da posse, o que, naturalmente, seria alvo para outro estudo, sem nenhuma comparação de profundidade com a singeleza destes breves apontamentos.

Necessário, porém, nesse tocante, fazer um parêntesis. Destarte, a par da almejada pureza dos interditos possessórios, destinados a proteger a posse em si mesma, e diante da imensa divergência de decisões judiciais no que se refere ao manejo de ações possessórias por parte daqueles que detêm título de domínio, indispensável analisar o alcance da defesa da propriedade em tais demandas. O fundamento da proteção possessória como instrumento da paz social, privilegiado na teoria subjetiva de Savigny, veio a ser coadunado com a inserção, no novel Código Civil de 2002, em seu art. 1.228, da previsão do princípio da função social da propriedade em nível ordinário, induzindo à retomada da indagação sobre o real conceito de "possuidor" para fins de ações possessórias e estabelecendo uma posse identicamente dotada de função social, elevando o conceito de dignidade da pessoa humana a um plano substancial, e também dotando a posse de uma vontade do possuidor, não mais uma "vontade vazia", consoante explica Albuquerque (2002). Relativiza-se, com isso, a posse como relação material do homem com a coisa, passando a ser priorizada para o *animus* (vontade) individual e coletivo (ARONNE, 2001).

Dito isso, acrescente-se que o atual Código Civil, na esteira da inclusão do referido princípio em nível infraconstitucional, também em seu art. 1.210, § 2º, extirpou a previsão legal, outrora ocorrente no art. 505 do Código Civil de 1916, da exceção de propriedade (*exceptio proprietatis*), no sentido de que a posse deveria ser deferida a quem evidentemente tivesse o domínio se com base neste fosse disputada, estabelecendo a absoluta separação entre juízos possessório e petitório. A despeito disso, permanece em vigor a

Súmula 487 do Supremo Tribunal Federal, mantenedora da dicotomia entre juízo possessório e petitório, fazendo surgir, nas ações possessórias, um espaço vago, ambíguo e ainda mais tormentoso aos juristas.

Assim, nas ações possessórias, nas hipóteses em que ambas as partes disputam a título de domínio ou quando a posse for duvidosa, resta saber, a partir do princípio da função social da posse e da propriedade e seus eventuais confrontos, qual o papel a ser assumido pelo aplicador do Direito, e se, num conflito entre posse e propriedade no âmbito possessório, pode decorrer a prevalência desta última quando não vislumbrada a função social daquela. Em síntese, estamos em tempo onde não mais somente a propriedade deve cumprir função social.

Assente está, hodiernamente, o que já vinha sendo introduzido, *verbi gratia*, desde o Estatuto da Terra (Lei n. 4.504, de 30-11-64) e, mais atualmente, por meio da Lei n. 10.257, de 10-7-01 – Estatuto da Cidade, que tanto a posse como a propriedade necessitam cumprir seu papel social, princípios estes erigidos à condição de exigência para a vida em sociedade, centrada cada vez mais no globalismo, priorização necessária dos direitos difusos e concretização da verdadeira cidadania (FACHIN, 1998). Tais diplomas legais, supracitados, estabelecem normas de ordem pública e elevado interesse social que regulam e simplificam o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo e ambiental. Isso soma-se, entretanto, à necessidade premente de uma (re)organização do papel do jurista.

Várias hipóteses, assim, podem ocorrer em ações possessórias: a) proprietário *versus* possuidor, na qual aquele comprova estar exercendo o domínio com base na função social da propriedade, donde exsurge a procedência da demanda; b) proprietário *versus* possuidor, na qual apenas este comprova estar exercendo a posse com base na função social desta, o que acarreta a improcedência do pleito possessório; c) possuidor *versus* possuidor, na qual necessário aferir qual deles exerce, efetivamente, a posse com respeito ao seu caráter social. Será considerada a "melhor posse" aquela que atender a função social do instituto, e não aquela fundada, necessariamente, em justo título, tal como pode ocorrer, por exemplo, no caso de um deles possuir uma escritura de direitos possessórios.

Como se pode perceber, deverá o magistrado considerar a atualidade da posse, a necessidade e o aproveitamento do bem. A melhor posse será, por exemplo, aquela que atender à moradia do possuidor e sua família, com o maior e melhor aproveitamento da terra.

Nos itens a e b, verifica-se, evidentemente, uma colisão entre os princípios da função social da posse e o da função social da propriedade. Impende afirmar, neste tocante, que ambos os princípios possuem igual peso, devendo o caso ser solucionado com base em outro princípio: o da proporcionalidade dos bens, exigindo ponderação de bens e valores por parte do Juiz.

Veja-se: o que se pretende aqui é o reconhecimento de idêntico peso entre os institutos da posse e da propriedade, não sendo este o lugar para uma prematura e inconseqüente afirmação de que os princípios da função social da posse e função social da propriedade possuem hierarquias idênticas ou diversas, pois não é esse o objeto do presente estudo. Em caso de colidência dos citados princípios, por aferir o julgador que tanto o autor como o réu da ação possessória, por exemplo, possam não ocupar inteiramente o imóvel com seu melhor aproveitamento, ou que ambos sejam composseiros de fato da área (sendo um deles proprietário), a resolução da questão certamente se tornará mais complexa, exigindo do Juiz a ponderação de bens e a análise de cada caso concreto, sendo impossível prever o direcionamento do problema.

Em havendo, para um futuro não distante, um fortalecimento da aplicação e reconhecimento, de *per si*, do princípio da função social da posse, independentemente da propriedade, poderá ocorrer uma gradativa perda de força do instituto da usucapião, atualmente manejada apenas para alçar um direito, ainda hoje considerado superior – o da propriedade.

Inúmeras possibilidades reais de regularização da posse, e não tão-somente da propriedade, estão hoje à disposição do político do Direito, seja ele membro de quaisquer dos três Poderes da República, tais como o direito de superfície, este aliás já inserido no Código Civil, em seu art. 1.225, II, como direito real; concessão de direito real de uso, zonas especiais de interesse social, concessão de uso para fins de moradia, etc, todos criados pelo Estatuto da Cidade, e que nesse sentido reforçam a necessidade de a posse ser alçada a direito tão importante quanto a propriedade, desde que cumpram sua função social. Ou seja, o reconhecimento da posse, autônoma e independente da propriedade, é possível por meio de institutos jurídicos já existentes mas pouco utilizados pelas autoridades do Poder Executivo, Legislativo e Judiciário, sem olvidar a importante ação que pode ser feita pelo Ministério Público.

Embora este tema possa ser considerado ofensivo e perigoso para muitos, uma breve análise dos mais diversos tribunais estaduais brasileiros dá

conta de que a realidade social do Brasil já vem sobrelevando a importância da posse, onde diversos julgadores, embora não admitam expressamente, protegem a posse não menos por sua função social, caracterizando-se-a como verdadeiro direito subjetivo.

O mais importante, dessa forma, é aceitar que a função social da propriedade e da posse, erigida em nível constitucional e infraconstitucional, ratifica e corrobora a intenção legislativa de coexistência harmônica e pacífica dos institutos da posse e da propriedade. Ou seja, a posse também deve exercer sua função social, e o princípio deve igualmente ser adotado nas ações possessórias puras.

Com isso, o magistrado deve estar atento para o fato de que não basta mais ao proprietário possuir registro imobiliário, e tampouco bastará ao possuidor, em ação possessória, invocar a impossibilidade de discussão de domínio nas ações possessórias. O que importa, doravante, é o reconhecimento de que a propriedade, e também a posse, necessitam cumprir com seu papel social. Não há, diante disso, hierarquia entre posse e propriedade; o que fica para segundo plano é a discussão sobre se a propriedade pode ou não ser discutida nas ações possessórias, deixando-se ainda para uma outra discussão a relativização, daí decorrente, da coisa julgada entre juízo possessório e petitório. Ora, a posse, como a propriedade, podem estar exercendo sua função social hoje e, mais à frente, podem não mais estar cumprindo com tal mister. A coisa julgada, assim, ficaria circunscrita ao âmbito formal do processo então em foco e, no seu âmbito material, ficaria delimitada sob idêntica causa de pedir: o exercício da função social de um ou outro instituto, seja juízo possessório ou petitório.

Melo (1998, p. 46) adverte que:

> tudo está a nos indicar que precisamos aperfeiçoar constantemente o nosso direito, especialmente o processual, que deve ser o que sempre deveria ter sido: o grande instrumento da realização da justiça. Quando conseguirmos essa correção de rumos, estarão superadas as causas principais dos abismos que se situam entre as legítimas reivindicações da sociedade e direitos individuais de um lado, e a prepotência da vontade do legislador (imbricada esta com os fins políticos do Estado ou mesmo de grupos e classes) e o poder majestático dos Tribunais, de outro lado.

Se a doutrina objetiva de Ihering esclarece que é considerado possuidor quem tem um poder de fato sobre uma coisa que, por sua vez, cumpre a sua finalidade econômica em relação ao seu possuidor, fica claro que o

possuidor merecerá a proteção possessória quando demonstrar que esteja fazendo dela uma ocupação conforme o bem comum, com a finalidade ambiental e social de pacificação da comunidade. Não basta ao possuidor, para a garantia de reconhecimento de legitimidade de sua posse, a prática esbulhativa não amparada com uma preocupação de interesse e harmonia social; não lhe socorre, também, as práticas violentas e atentatórias contra a paz da vizinhança.

A proteção possessória existe para afastar o elemento de insegurança e desassossego social. De outro lado, não basta ao proprietário, para a garantia de reconhecimento de legitimidade de seu título de domínio, a apresentação do documento, despido da utilização econômica e destinação social do imóvel. O que importa doravante, repita-se, é a prova de que possuidor ou proprietário utilizem o imóvel com base no seu melhor aproveitamento, seja na proteção ambiental ou utilização econômica que gere não somente lucro ao proprietário, mas garantia de empregos, competitividade de preços em eventual exploração de seus recursos naturais, enfim, no maior benefício possível para a comunidade envolvida.

Volnei Ivo Carlin (2005, p. 78) lembra que:

> o juiz vive, cotidianamente, o conflito entre o direito e a eqüidade, optando entre o justo ou o legal, na busca da sua melhor ética processual. [...] Deve o Juiz, em tais casos, privilegiar a segurança jurídica, em respeito aos textos e códigos, ou abrir novos caminhos e exercer o seu poder criador? E qual seria a fronteira desta evolução? Como decidir? Onde se coloca a questão ética? [...] São interrogações demonstradoras das dificuldades enfrentadas pela profissão e que exigem conhecimentos teóricos e práticos, e múltiplos domínios.

São essas, em suma, algumas considerações sobre a dicotomia entre posse e propriedade, e algumas alternativas para o magistrado, diante de seu poder criador, fazer firmar a segurança jurídica pela imposição da função social de ambos os institutos, incursionando, daí, um aperfeiçoamento do valor Justiça com adesão paulatina, mas firme, da sociedade.

5 Considerações finais

A finalidade do breve estudo foi identificar qual o melhor caminho a ser seguido pelos aplicadores do Direito relativamente à discussão entre posse e propriedade em ações possessórias, e a interferência e o cotejamento ne-

cessários aos princípios da função social da posse e da propriedade, ainda que extirpada a exceção de domínio do atual Código Civil.

Arraigados à concepção liberal/individualista do Código Napoleônico, a jurisprudência vem caminhando discrepantemente na análise da exceção de domínio nos interditos possessórios, uns reconhecendo a separação absoluta entre os juízos possessório e petitório, e outros, timidamente, admitindo não haver a possibilidade de estabelecer regra ou princípio na análise dos temas, diante da necessidade de estabelecer-se, caso a caso, a função social não somente da propriedade, mas também da posse.

Somados a esses fatos, gize-se, os julgados desta jaez dirigem-se ao sabor dos ventos pela falta de conhecimento profundo sobre as teorias objetiva (Ihering) e subjetiva (Savigny) sobre a posse, além do frágil conceito de possuidor estabelecido pelo Código Civil que, apesar de adotar a primeira teoria, contém inúmeros indícios de mesclagem com esta última.

O papel do político do Direito, assim, é resgatar o valor justiça para a justificação da norma, fazendo equiparar a hierarquia entre os institutos posse e propriedade, relegando-se aquele que não cumprir com sua função social, independentemente de apresentação de justo título. É necessário correlacionar os princípios da função social da propriedade e da posse com as alterações legislativas do atual Código Civil, tudo com vistas a conceber, definitivamente, uma solução concreta, e não meramente aparente, ao conflito posto em juízo.

É desafio do juiz identificar o alcance da aplicação dos princípios da função social da posse e da propriedade nas ações possessórias, confrontando em igual peso ambos os institutos e criar uma nova possibilidade de um direito redirecionado às práticas solidárias de convivência humana e não tão alheia à realidade social.

A ação concreta ante esse desafio será, sem dúvida, uma inquestionável contribuição para os estudiosos do Direito, mas sobretudo, e principalmente, aos jurisdicionados, que clamam e aguardam por uma Justiça mais eficaz, célere e comprometida com aspectos e anseios sociais.

6 Bibliografia

ALBUQUERQUE, Ana Rita Vieira. *Da função social da posse e sua conseqüência frente à situação proprietária*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

ALVES, José Carlos Moreira. *Posse:* evolução histórica. Rio de Janeiro: Forense, 1985. v. 1-2.

ARONNE, Ricardo. *Por uma nova hermenêutica dos direitos reais limitados.* Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição.* São Paulo: Saraiva, 2003.

BATISTA, Antenor. *Posse, possessória, usucapião e ação rescisória*: manual teórico e prática – atualizado de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Ed. Juarez Oliveira, 2004.

CARLIN, Volnei Ivo. *Deontologia jurídica*. 3. ed., Florianópolis: OAB Editora, 2005.

COSTA, Cássia Celina P. Moreira da. *A constitucionalização do direito de propriedade privada*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.

FACHIN, Luiz Edson. *A função social da posse e a propriedade contemporânea*. Porto Alegre: Fabris, 1998.

_____. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GOMES, Orlando. *Direitos reais*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

KARPAT, Ladislau. *Tutela antecipada na defesa da posse e da propriedade imóvel*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MATTOS, Liana Portilho. *A efetividade da função social da propriedade urbana à luz do estatuto da cidade*. Rio de Janeiro: Temas & Idéias, 2003.

MELO, Osvaldo Ferreira de. *Dicionário de política jurídica*. Florianópolis: OAB Editora, 2000.

_____. *Fundamentos de política jurídica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994.

_____. *Temas atuais de política do direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

MOTTA, Maria Clara Mello. *Conceito constitucional de propriedade*: tradição ou mudança?. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.

NAVES, Lúcio Flávio de Vasconcellos. *Posse e ações possessórias (frente ao novo Código Civil)*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

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

PEZZELLA, M. C. Cereser. *Propriedade privada no direito Romano*. Porto Alegre: Safe, 1998.

TEPEDINO, Gustavo (coord.). *Problemas de direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

IHERING, Rudolf Von. *Teoria simplificada da posse*. São Paulo: Edipro, 2002.

O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E SUAS REFORMAS *

João José Ramos Schaefer**

Sumário

— A celeridade e a efetividade da justiça — O CPC de 1973 — O movimento pela "Reforma do CPC" — Novo esforço reformista — As primeiras leis — A citação — A liquidação de sentença — Novas normas sobre recursos – Alterações no processo de conhecimento — A tutela antecipada — Modificações no processo de execução — A ação monitória — O recurso de agravo — Ainda o procedimento sumário — Registros de audiências — Modificações relativas aos recursos — A descentralização do protocolo de petições — O julgamento por órgão de maior hierarquia — O rol de testemunhas – Outras modificações específicas — O processo de execução — A averbação do ajuizamento da execução – Bens impenhoraveis — A penhora *on-line* — O julgamento *prima facie* — A internet e a comprovação de dissídio jurisprudencial — A "repercussão geral" no Recurso Extraordinário — As súmulas vinculantes — O inventário, a partilha, a separação e o divórcio consensuais — A aplicação da informática nos processos judiciais — Conclusão — Referências.

A celeridade e a efetividade da justiça

De algum tempo para cá, em virtude de estudos, especialmente de Mauro Capelletti, na Itália, acentuou-se a busca de caminhos para a celeridade e a efetividade do processo.

* Texto desenvolvido de aulas inaugurais no Ilex-Curso de Preparação ao Exame OAB e no Curso de Especialização em Processo Civil da Uniplac, Lages/SC. Com a colaboração do Advogado Nelson Luiz Schaefer Picanço.

** Advogado – Ex-Presidente da OAB/SC – Desembargador aposentado – Ex-Presidente do TJSC.

São essas, na verdade, as maiores preocupações dos que versam as questões processuais.

Já na Exposição de Motivos do Código de 1939, o Prof. Francisco de Campos lembrava que "A transformação social elevou [...] a Justiça à categoria de um bem geral, [...] a ponto de tomar sobre si mesma, através de seus órgãos do governo, o encargo de torná-la segura, pronta e acessível a todos".

As linhas daquele Código, entretanto, já não atendiam, passados cerca de 30 anos, às aspirações da comunidade jurídica nacional dos anos 70, com a crescente industrialização e urbanização das cidades, e com o estabelecimento de relações sociais e econômicas muito mais dinâmicas.

O CPC DE 1973

Veio, então, o Código de 1973, que trouxe, sem dúvida, notáveis avanços, um deles o do *julgamento antecipado da lide*, possibilitando, em dadas circunstâncias, o julgamento do processo independentemente de audiência de instrução e julgamento.

Esta ficou restrita às hipóteses em que necessária a produção de prova oral, com depoimentos pessoais, inquirição de testemunhas e esclarecimentos dos peritos.

De extrema relevância, também, a instituição do *procedimento sumário* (art. 275, I, do CPC), em função do valor e da matéria, que foi, inequivocamente, a origem dos Juizados Especiais.

A princípio, tais ações eram denominadas sumaríssimas, e hoje são referidas como sumárias (Lei n. 9.245/95). Não admitem reconvenção, os prazos para os recursos são mais exíguos e o julgamento dos recursos se dá por juízes de primeiro grau, reunidos em Turmas de Julgamentos.

A concepção do *recurso adesivo e da conciliação* foi outro avanço do Código de Processo de 1973.

A conciliação, obrigatória para a hipótese de "o litígio versar sobre direitos patrimoniais de caráter privado" (art. 447), a princípio prevista para ser feita apenas uma vez, "antes do início da instrução", hoje pode e deve ser tentada em qualquer fase do processo.

O movimento pela "Reforma do CPC"

O Código de 1973, na sua concepção original, "não obstante sua aprimorada técnica de direito processual civil", no dizer de Barbosa Moreira, decorridos alguns anos de sua edição, estava a exigir modificações, pois, completava aquele notável processualista, era cada vez mais clara a "função instrumental do processo e da necessidade de fazê-lo desempenhar de maneira efetiva o papel que lhe cabe".

Sálvio Figueiredo Teixeira, em capítulo no livro que coordenou sobre a "Reforma do Código de Processo Civil", assinalou: "não se pode negar o avanço que representou o Código de Processo Civil de 1973, elaborado com apurada técnica", mas "desde os primeiros anos de sua vigência, vinham sendo apontadas notórias deficiências, refletindo principalmente a época autoritária em que foi elaborado, sem o crivo de prévio debate democrático".

Na verdade, foi muito restrita a discussão da matéria nos círculos interessados — Juízes, Advogados, Promotores e Professores de Direito —, e o projeto passou sem grandes debates no Congresso Nacional, de sorte que, tecnicamente bem concebido, como muitos reconhecem, estava, na expressão de Cândido Dinamarco, "distante de nossa realidade forense".

Por volta de 1985, iniciou-se um grande movimento para atualizar e tornar mais práticas diversas disposições do Código.

Comissão nomeada pelo Governo Federal e integrada por nomes de expressão no campo do Direito Processual Civil, como Sérgio Bermudes, Calmon de Passos, Kasuo Watanabe, Joaquim de Carvalho Júnior e Luiz Antônio de Andrade elaborou um anteprojeto com várias e importantes modificações, orientadas por aqueles princípios da efetividade e da presteza na proteção judicial. O trabalho, contudo, acabou não sendo encaminhado ao Congresso.

Novo esforço reformista

Em 1992, reiniciaram-se os estudos para a desejada reformulação, o que se fez por iniciativa da Associação dos Magistrados Brasileiros e da Seção Brasiliense de Direito Processual Civil, e os trabalhos foram encampados pela Escola Nacional da Magistratura, então dirigida por Sálvio Figueiredo Teixeira, que presidiu a Comissão de Reforma.

Esta foi integrada, ainda, por outros nomes de grande prestígio na processualística e nos foros nacionais, como Athos Gusmão Carneiro, Ada Pellegrini Grinnover, Celso Agrícola Barbi, José Carlos Barbosa Moreira, Carreira Alvim, Humberto Theodoro Júnior, Kazuo Watanabe e Fátima Nancy Andrighi.

A Comissão elaborou vários projetos setoriais, considerando que seriam de mais fácil aprovação pelo Congresso do que uma reformulação geral do Código.

As primeiras leis

E começaram a surgir as leis de aperfeiçoamento do Código.

Em agosto de 1992, foi sancionada a Lei n. 8.455, a qual deu nova feição à *prova pericial.*

O artigo 421, por exemplo, foi alterado e passou a dispor que "o juiz nomeará o perito, fixando de imediato o prazo para entrega do laudo", podendo a perícia consistir apenas na inquirição, pelo juiz, do perito e assistentes sobre o que houverem informalmente examinado.

Dispôs-se (art. 427) que a perícia pode ser dispensada se as partes apresentarem pareceres técnicos sobre as questões de fato ou documentos elucidativos que o juiz considerar suficientes. Tal alteração, contudo, parece estar sendo adotada com pouca freqüência.

A citação

Por força da Lei n. 8.710/93, a citação pelo correio passou a ser regra (art. 221), salvo algumas hipóteses especiais (nas ações de estado; quando o réu for incapaz ou pessoa de direito público e nas execuções ou quando o autor requerer a citação por outra forma).

Fixou-se (art. 230) que nas comarcas contíguas (caso, por exemplo, de Florianópolis, São José, Biguaçu e Palhoça) o oficial de justiça pode efetuar citações ou intimações em qualquer delas.

A liquidação de sentença

A disciplina dessa fase processual foi agilizada por disposições da Lei n. 8.898/94, permitindo, com o acréscimo do parágrafo único ao art. 603, a citação do réu na pessoa de seu advogado constituído nos autos.

Foi dada nova redação ao art. 604, tornando obrigatória a apresentação, pelo credor, de memória discriminada e atualizada do cálculo, quando a determinação do *quantum* devido depender apenas de cálculo aritmético.

Novas normas sobre recursos

Em dezembro de 1994, a Lei n. 8.950 alterou diversos dispositivos sobre os recursos, e passou a exigir, conforme o art. 511, o *preparo concomitantemente com a apresentação dos recursos,* sem necessidade, assim, de intimação do recorrente para tal ato, como ocorria anteriormente, em prejuízo da celeridade do processo.

Estabeleceram-se, outrossim, normas aplicáveis aos casos de interposição simultânea de recurso extraordinário e especial (art. 531), dispondo-se que, admitidos ambos, será julgado em primeiro lugar o especial, no STJ, e só após, nos termos das disposições pertinentes, o extraordinário.

Alterações no processo de conhecimento

A Lei n. 8.952, também de 1994, baixou novas e importantes disposições para o processo de conhecimento.

Dispôs-se, por exemplo, acrescentando-se o § 4º ao art. 162, que "os atos meramente ordinatórios, como a juntada e a vista obrigatória independem de despacho, devendo ser praticados de ofício pelo servidor e revistos pelo juiz quando necessário".

É essa uma norma extremamente útil, pois preserva o juiz para trabalhos de maior profundidade, mas, na verdade, não vem sendo aplicada com rigor.

A TUTELA ANTECIPADA

Certamente a alteração de maior relevo de quantas foram produzidas pelas primeiras leis da reforma do CPC foi a instituição da *antecipação total ou parcial dos efeitos da tutela pretendida*, que o juiz poderá conceder a requerimento da parte, desde que existente prova inequívoca e o juiz se convença da verossimilhança da alegação.

Esse instituto fora projetado pela Comissão Revisora do Código, em 1985, e Sérgio Bermudes, em sua obra "A Reforma do Código de Processo Civil", Ed. Saraiva, 1996, afirma, com razão, que o trabalho dessa Comissão "inspirou, visivelmente, o legislador da Lei n. 8.952".

Recebida por muitos, a princípio, com desconfiança ou incompreensão, encontra, hoje, larga aplicação nos foros em geral, pela simplicidade da sua concepção, pela amplitude de sua aplicação e, sobretudo, pelo notável efeito que produz, tornando possível que o juiz antecipe, *in limine*, a pretensão, que só seria possível deferir com a sentença final, após, não raro, trabalhosa e demorada instrução.

O art. 273 prescreveu, então, que "O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação".

A tutela antecipatória, segundo o magistério de Bermudes (1996, p. 28), "torna possível a rápida prevenção ou composição da lide, sem sujeitar a prestação jurisdicional às prejudiciais delongas impostas pela natureza do processo e pelas notórias deficiências da administração da justiça".

A medida, assinalou o STF em aresto constante da RTJ 180/453, "deve corresponder à tutela definitiva que será prestada se a ação for julgada procedente definitivamente" (AgRg em Ação Cível Originária n. 615/RJ, rel. Min. Néri da Silveira).

O Min. Humberto Gomes de Barros, em acórdão publicado na RSTJ 152/117, anotou com pertinência: "A grande inovação trazida com o adiantamento da tutela está na possibilidade da providência acautelatória acontecer nos próprios autos em que se discute o pedido definitivo. Os reflexos dessa possibilidade na economia processual são notáveis".

Sua concessão, como é expresso o caput do art. 273, exige a existência de *prova inequívoca*, ou seja, prova "evidente, manifesta […], com intensidade

suficiente para convencer o juiz que a alegação ou alegações são verossímeis, isto é, de que pareçam verdadeiras" (BERMUDES, 1996, p. 29).

A jurisprudência também tem como inafastáveis "elementos probatórios robustos, cenário fático indene a qualquer dúvida razoável", segundo o Min. Menezes Direito, no REsp. n. 410.229.

O Ministro José Delgado, no AI n. 169.465 – AgRg deixou claro que, "Se houver possibilidade da ocorrência de qualquer dúvida sobre a qualidade, quantidade e valor da prova, ela deixa de ser inequívoca".

A prova, dessome-se do art. 273, deve ser escrita e não deixar dúvida alguma quanto a seu conteúdo e autenticidade.

Tema que tem gerado algumas discussões é o relativo ao § 2°, segundo o qual: "Não se concederá a antecipação de tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado".

Recentemente, em decisão concessiva da tutela antecipada, o ilustre Juiz Osmar Mohr invocou, a respeito desse tema, pertinente doutrina de Ovídio Batista da Silva:

> O § 2º do art. 273 exagerou na prudência que deve orientar o magistrado na concessão das antecipações de tutela, proibindo-lhe de concedê-las quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado. Pode acontecer – e esta ocorrência não é rara na prática forense — que o estado perigoso imponha ao juiz uma opção entre alternativas capazes, em qualquer sentido que a decisão seja tomada, de gerar risco de irreversibilidade dos efeitos práticos [...] Pode ocorrer que o risco da irreversibilidade seja uma conseqüência tanto da concessão quanto do indeferimento da medida antecipatória. Se a verossimilhança pesar significativamente em favor do autor, o magistrado estará autorizado a sacrificar o direito improvável, em benefício do direito que se mostre mais verossímil (*Curso de Processo Civil,* v. 1, 3. ed., São Paulo, RT, p. 120) (AI n. 2000.017706-7, de Blumenau, em 12-12-2000).

Theotonio Negrão, em nota 20 b ao art. 273 do CPC, observa que a exigência da reversibilidade comporta mitigações quando estiver em jogo valor igualmente caro ao ordenamento.

E transcreve precedente da lavra do atual Presidente do STJ, o eminente Ministro Barros Monteiro, na linha de Ovídio Batista da Silva, no sentido de que:

> […] a regra do § 2º do art. 273 do CPC não impede o deferimento da antecipação da tutela quando a falta do imediato atendimento médico causará ao lesado dano também irreparável, ainda que exista perigo de irreversibilidade do provimento antecipado (REsp. n. 408.828).

Outros dispositivos extremamente úteis, relativos à antecipação de tutela, são:

— o § 3º, quanto ao cumprimento da medida, facultando ao juiz fixar multa diária pelo descumprimento/desobediência da medida (ver art. 461-A, acrescentado pela Lei n. 10.444/02);

— o § 6º, quanto à possibilidade de concessão parcial da tutela, quando incontroversa somente parte do pedido;

— o § 7º, dispondo sobre a fungibilidade do pedido de tutela antecipada relativamente ao pedido de medida cautelar, quando presentes os respectivos pressupostos.

Modificações no processo de execução

A Lei n. 8.953, de 13-12-94, introduziu modificações no processo de execução, bastante modestas em relação ao que viria posteriormente.

Entre outras, tornou obrigatória, nas execuções, a exibição (art. 614, II) do demonstrativo do débito atualizado até a data da propositura da ação. Até então bastava a juntada do título.

O dispositivo causou algumas perplexidades a princípio, mas pacificou-se no STJ o entendimento de que a insuficiência do demonstrativo não conduz à extinção da execução, e que se deve dar oportunidade ao exeqüente de suprir ou completar o demonstrativo (entre outros, REsp. n. 577.773, 402.046 e 480.614).

Quanto à inexistência do cálculo, cite-se o precedente no REsp. n. 264.807 (Min. Barros Monteiro) de que admissível a emenda da inicial.

A AÇÃO MONITÓRIA

A Lei n. 9.079, de 14-7-95, instituiu a ação monitória para cobrança de créditos que não se enquadrem entre os títulos executivos, mas representem, de fato, uma dívida.

Os embargos, na monitória, não exigem prévia segurança do juízo (penhora ou depósito), admitindo todas as defesas previstas nos artigos 745 e 741 do CPC.

A ação monitória está disciplinada nos artigos 1.102 a 1.102 c, numa das primeiras utilizações do sistema de acrescentar uma letra ao dispositivo, para não ter de renumerar todo o texto restante. Essa moda pegou, e hoje até a Constituição Federal tem dispositivos assim numerados (artigos 103-A, que instituiu a Súmula Vinculante, e 111-A, sobre a composição do TST. Utiliza-se esta técnica até mesmo em relação a incisos, como no I-A ao artigo 92, relativamente à inclusão do Conselho Nacional de Justiça entre os órgãos do Poder Judiciário).

O RECURSO DE AGRAVO

O recurso do agravo – compreendendo o de instrumento e o retido – sofreu ampla reformulação pela Lei n. 9.139, de 30-11-95, mais recentemente pela Lei n. 10.352, de 20-10-01, e, ainda, pela Lei n. 11.187, de 19-1-05.

Atualmente, a regra é o agravo na forma retida, manifestado diretamente no juízo da decisão agravada, independentemente de preparo.

Será julgado apenas por ocasião do julgamento da apelação e só será conhecido se, na apelação ou nas contra-razões, o agravante (como apelante ou apelado) requerer expressamente sua apreciação pelo Tribunal (art. 522, *caput*, na redação da Lei n. 11.187).

O agravo de instrumento ficou reservado (art. 522) para as hipóteses de se tratar de decisão suscetível de causar lesão grave e de difícil reparação, para o caso de não ser recebida a apelação e para os efeitos da apelação.

Nesses casos excepcionados, o agravo será o de instrumento.

O agravo de instrumento é dirigido diretamente ao Tribunal, e sua instrução e preparo ficam a cargo do próprio agravante.

Na petição, o agravante fará exposição do fato e do direito, indicará as razões do agravo e mencionará o nome e endereço dos advogados do processo.

Em se tratando de agravo de instrumento, cabe ao agravante comunicar ao juiz de primeiro grau, dentro de 3 dias, a interposição do agravo, sob pena de inadmissão do recurso, se o requerer a parte adversa.

O relator pode negar seguimento ao agravo nas hipóteses do art. 557 do CPC; converterá o recurso em agravo retido, se a decisão agravada não for suscetível de causar lesão grave e de difícil reparação, e poderá conceder o efeito suspensivo quando ocorrentes as hipóteses do art. 558 do CPC.

Segundo o art. 528, o agravo deve ser julgado no prazo de 30 dias, o que dificilmente ocorre.

Ainda o procedimento sumário

A Lei n. 9.245/95 operou significativas alterações no procedimento sumário, denominação, como vimos, que passou a ter o antigo procedimento sumaríssimo.

Paralelamente, reduziu-se o rol das ações nominadas que seguem esse rito, nelas incluída a de ressarcimento de seguro de danos em acidentes de veículos.

É indispensável apresentar, com a inicial, o rol de testemunhas e os documentos necessários à prova do fato.

Ainda na inicial o autor requererá perícia, formulará os quesitos e indicará assistente técnico.

De notar-se que a Lei n. 9.245/95 dispôs no § 5º do art. 277 que o juiz converterá a ação sumária em rito ordinário "quando houver necessidade de prova técnica de maior complexidade", na conformidade do disposto no art. 98, I, da CF.

O limite legal das ações do inciso I do art. 275 do CPC (ações em geral) passou, pela Lei n. 10.444/02, de 20 (vinte) a 60 (sessenta) salários mínimos.

Registros de audiências

A redação do art. 279 foi alterada para admitir o registro dos atos de audiência por taquigrafia, estenotipia ou outro método hábil. Em nosso Estado, os registros são feitos eletronicamente, à vista das partes e dos advogados.

Com essa lei encerrou-se, praticamente, a primeira parte da reforma.

Mas o movimento recomeçou com intensidade nos anos seguintes, o que a doutrina denominou de: "A reforma da reforma".

Modificações relativas aos recursos

Numa das primeiras leis dessa fase, a de n. 9.756/98, foi alterado o art. 577, de modo que o relator, nos Tribunais, ficou autorizado a negar seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou jurisprudência dominante do respectivo Tribunal ou Tribunais Superiores.

A Lei n. 10.352/01 acrescentou o § 3º ao artigo 515 do CPC, que consagra a regra do *tantum devolutum quantum appelatum*, para dispor que "nos casos de extinção do processo sem julgamento do mérito (art. 267), o tribunal pode julgar desde logo a lide, se a causa versar questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento".

Já se praticava em alguma medida essa regra, mas a nova disposição reafirmou o acerto dessa orientação, que tem alto sentido de celeridade e efetividade da prestação jurisdicional.

Outra importante alteração dessa lei foi reduzir o âmbito dos *embargos infringentes*, objeto da nova redação do art. 530.

Esse recurso, como se sabe, cabia sempre que não fosse unânime a decisão na apelação.

Agora só cabe o recurso se não for unânime o acórdão que *reformou* a sentença de primeiro grau. *Confirmada* por maioria, descabem os embargos infringentes. Só tem cabimento o recurso se desuniformes as decisões das duas instâncias e se a da segunda foi tomada por maioria.

A descentralização do protocolo de petições

O acréscimo do parágrafo único ao art. 547 pela Lei n. 10.352/01 deu foros de lei a uma norma que os tribunais já vinham adotando por Atos Regimentais ou Resoluções das Corregedorias: a possibilidade da descentralização do protocolo das petições destinadas aos Tribunais.

O julgamento por órgão de maior hierarquia

Significativa, também, a alteração feita pela Lei n. 10.352/01, ao dar nova redação ao § 1º do art. 555, de que, "ocorrendo relevante questão de direito [...] poderá o relator propor seja o recurso julgado pelo órgão colegiado que o regimento indicar".

Exemplo dessa prática verificou-se no julgamento, a 22 de maio último, do HC n. 88660, pelo STF.

O paciente respondia por supostos crimes contra o sistema financeiro e impetrou o *habeas corpus* para que fosse julgado pelo Juiz da 12ª Vara Federal do Ceará, à qual foi distribuído inicialmente o inquérito.

Posteriormente à distribuição, o TFR da 5ª Região baixou a Resolução n. 10-A/2003, definindo como competente para julgamento de tais crimes a 11ª Vara Federal do mesmo Estado.

No julgamento, por questão de ordem, o Presidente da 1ª Turma, Ministro Marco Aurélio, afirmou que para se decidir sobre a matéria era necessário "dar interpretação conforme a Constituição ao artigo 5º da Resolução 10-A", e acrescentou: "É premissa *sine qua non* para julgarmos a matéria de fundo o afastamento do artigo 5º da Resolução 10-A. E esse afastamento somente o pleno pode implementar".

A Turma, então, deliberou, por unanimidade, remeter o julgamento do *habeas corpus* ao Plenário.

O rol de testemunhas

A Lei n. 10.358/01 modificou a regra relativa ao depósito do rol de testemunhas, objeto do art. 407.

Agora, ao designar a data da audiência, o juiz deve fixar o prazo para a apresentação do rol de testemunhas. Omitindo-se o juiz a respeito, o rol deve ser apresentado até 10 dias antes da audiência.

É importante ter em mente

> […] que o prazo, para que a parte deposite em cartório o rol de testemunhas, é contado regressivamente, de acordo com o disposto no art. 184 do Código de Processo Civil: exclui-se o termo *a quo*, no caso o dia da audiência e, caindo o termo *ad quem* em dia de feriado, ou em que não houver expediente no fórum, antecipa-se o prazo para o primeiro dia útil precedente, conforme voto do Min. Eduardo Ribeiro no REsp. n. 172.669/SP (apud nota 2 ao art. 407 de Theotonio Negrão).

Outras modificações específicas

A Lei n. 10.444/02 aperfeiçoou as disposições sobre tutela antecipada e estabeleceu algumas novas normas sobre a execução, a respeito da memória do cálculo – art. 604 e §§, e sobre penhora de imóveis (art. 659, §§ 4º e 5º).

A Lei n. 11.232, de 22-12-05, deu nova redação ao conceito de sentença, expresso no § 1º do art. 162, dizendo que ela pode extinguir o processo sem resolução do mérito, nos casos do art. 267, e resolver o processo, sem extingui-lo, nas hipóteses do art. 269, prosseguindo o processo com o "cumprimento da sentença".

Agora, portanto, em vez de "ato que põe fim ao processo, com ou sem decisão de mérito", a sentença é "o ato de juiz que implica algumas das situações previstas nos artigos 267 e 269 desta Lei.

Em face da nova redação do § 1º do art. 475, *do requerimento de liquidação* será intimada a parte, *na pessoa de seu advogado*, o que é mais lógico, pois o processo apenas continua numa nova fase e o advogado já vinha acompanhando o feito mais de perto.

O PROCESSO DE EXECUÇÃO

A Lei n. 11.382, de 6 de dezembro último, introduziu amplas e profundas alterações na disciplina do processo de execução, talvez a mais extensa modificação no CPC em toda a sua existência.

Examinemos algumas dessas alterações:

A primeira delas, com o acréscimo do inciso V ao art. 143 do CPC, inclui nas atribuições do oficial de justiça efetuar avaliações.

Essa competência está também prevista na nova redação do art. 652, § 1º, em relação a bens penhorados em geral, e no art. 680, relativamente à avaliação de bens imóveis penhorados. Se exigir conhecimentos especializados, a avaliação será feita por avaliador nomeado pelo Juiz.

O rol dos títulos executivos extrajudiciais, constante do art. 585, sofreu reformulação a partir do inciso III, dando-se redação mais técnica a esse inciso, pois não existe contrato de hipoteca, penhor etc., como aludia a redação anterior, mas contrato garantido por esses direitos reais.

O crédito decorrente de aluguel passou para o inciso V, como "crédito documentalmente comprovado", o que poderá ser feito por qualquer meio hábil e não apenas por "contrato escrito", conforme a redação modificada.

O art. 600 do CPC teve alterada a redação do seu inciso IV. Dispôs-se que o devedor intimado que não indicar ao juiz, em 5 (cinco) dias, quais são e onde se encontram os bens que possui sujeitos à penhora e seus respectivos valores comete ato atentatório à dignidade da justiça, o que pode ser requerido pelo exeqüente na própria inicial da execução.

Porque a execução de título judicial faz-se, agora, nos próprios autos, como cumprimento da sentença, foi alterada a redação do inciso I do art. 614, de sorte que o credor instruirá a execução, no que tange ao inciso I, "com o título executivo extrajudicial".

A AVERBAÇÃO DO AJUIZAMENTO DA EXECUÇÃO

Extremamente interessante a inclusão do art. 615-A no CPC, dispondo:

> O exeqüente poderá, no ato da distribuição, obter certidão comprobatória do ajuizamento da execução, com identificação das partes e valor da causa, para fins de averbação no registro de imóveis,

registro de veículos ou registro de outros bens sujeitos à penhora ou arresto.

Com essa providência, o credor se acautela desde logo em relação a possível fraude de execução, que fica presumida em relação a bens constantes de tal averbação e eventualmente alienados após o ajuizamento.

Nos termos do § 1º do mesmo artigo, o exeqüente comunicará o juízo das averbações feitas, no prazo de 10 dias de sua concretização.

Efetivada a penhora, será cancelada a averbação feita em bens que não foram penhorados (§ 2º).

Bens impenhoráveis

No que tange aos bens impenhoráveis, objeto do art. 649 do CPC, houve algumas alterações.

Incluíram-se nesse rol os móveis, pertences e utilidades domésticas que guarnecem a residência do executado (o que a jurisprudência já vinha resguardando relativamente aos bens integrantes do imóvel conceituado como "bem de família", nos termos da Lei n. 8.009/90).

Fica ressalvada, contudo, a penhora de bens móveis ou pertences de elevado valor que ultrapassem as necessidades comuns, correspondentes a um médio padrão de vida. Continuarão as discussões, porque esta é uma questão de fato: uma geladeira não pode ser penhorada; um *freezer* mais sofisticado, sim; uma TV de qualquer dimensão razoável, não; um *home theater* ou TV de grandes dimensões, sim.

Ficam livres de penhora os depósitos em caderneta de poupança, até o limite de 40 salários mínimos, o correspondente, hoje, a R$ 15.000,00 aproximadamente.

Foi transportada para o CPC, como § 1º do art. 649, a regra da Lei n. 8.009/90, de que a impenhorabilidade prevista no *caput* do art. 649 do CPC "não é oponível à cobrança do crédito concedido para a aquisição do próprio bem".

O § 2º, a seu turno, dispõe que os *salários e rendimentos* (impenhoráveis na forma do inciso IV) poderão ser penhorados para *pagamento de prestação alimentícia.*

Alteração significativa a operada no art. 652 do CPC. Agora, em vez de ser citado para pagar em 24 horas ou nomear bens à penhora (prazo que era, de fato, extremamente exíguo), o devedor é "citado para, no prazo de 3 (três) dias, efetuar o pagamento da dívida" (*caput* do art. 652).

Após esse prazo, não efetuado o pagamento, o oficial de justiça procederá imediatamente à penhora de bens do devedor, bem como à sua avaliação. Na mesma oportunidade, será lavrado o auto de penhora e intimado o executado (§ 1º).

O credor também poderá indicar, na inicial, bens do devedor a serem penhorados (§ 2º). O juiz pode, de ofício ou a requerimento do exeqüente, determinar que o executado indique bens passíveis de penhora (§ 3º).

A intimação da penhora poderá ser feita na pessoa do advogado do executado, se já constituído nos autos; se não, será pessoal (§ 4º).

Tornando lei o que era já uma praxe judicial, o novo artigo 652-A dispõe que o juiz fixará, de plano, ao despachar a inicial, os honorários advocatícios a serem pagos pelo executado. Esses honorários podem ser reduzidos pela metade, em caso de pagamento integral da dívida, no prazo dos embargos (parágrafo único do art. 652-A).

O art. 655, que indica a ordem dos bens que o devedor pode indicar à penhora, sofreu algumas alterações. Foi mantido o dinheiro como o bem preferencial a ser penhorado, com o complemento de que pode ser ele "em espécie ou em depósito ou aplicação financeira" (inciso I).

Em seguida, vêm os veículos de via terrestre, automóveis, caminhões, motos (inciso II); depois, os bens móveis em geral (inciso III); em seguida os bens imóveis (inciso IV), navios, aeronaves, ações etc.

O novo § 2º do art. 655 estabelece expressamente que, no caso de penhora de bens imóveis, será obrigatoriamente intimado o cônjuge do executado. Dessa providência cogitava o art. 669 (hoje revogado), que fixava o prazo de 10 dias para os embargos do devedor, e o parágrafo único do mesmo artigo mandava intimar a mulher do devedor, em caso de penhora de imóvel.

Agora, o prazo para os embargos é de 15 dias (art. 738), contados da data da juntada do mandado de citação. Não estão mais os embargos, portanto, vinculados à juntada do mandado de penhora cumprido.

A PENHORA *ON-LINE*

De grande repercussão a inovação trazida pelo art. 655-A, que possibilita "a penhora de dinheiro em depósito ou aplicação financeira" por requisição de informações, preferencialmente por meio eletrônico, à autoridade supervisora do sistema bancário, e pode a autoridade judiciária, no mesmo ato, decretar a indisponibilidade dos valores depositados.

É a chamada penhora *on-line* de valores junto ao Banco Central.

A informação sobre valores sujeitos à penhora *on-line* deverá limitar-se ao valor indicado na execução (§ 1º), e compete ao executado comprovar, se for o caso, que as quantias depositadas em estabelecimentos bancários são impenhoráveis (§ 2º do já referido art. 655-A).

Se indivisível o bem penhorado, "a meação do cônjuge alheio à execução recairá sobre o produto da alienação do bem" (art. 655-B).

O art. 656 cuida não mais das hipóteses de penhora ineficaz, mas dos casos em que é possível a substituição da penhora. De um modo geral, não houve grandes modificações de tais hipóteses, mas a previsão de substituição é mais prática e comum.

Relativamente à "expropriação do bem penhorado" (matéria que o Código, até então, tratava em subseção sob o título "Da arrematação"), houve profundas alterações com a Lei n. 11.382 de 2006.

De acordo com os novos incisos do art. 647 do CPC, a adjudicação do bem ao exeqüente passou a ser a primeira opção expropriatória. No regime anterior, a adjudicação só era possível após o oferecimento do bem em praça ou leilão.

Agora, a par de se cogitar da adjudicação do bem ao próprio credor (hipótese que no regime anterior era repelida por alguns juízes), essa é a primeira alternativa de retirada do bem das mãos do devedor para pagamento da dívida.

A alienação particular do bem (hipótese talvez inspirada na lei da alienação fiduciária em garantia) é a segunda opção. A alienação em hasta pública, a terceira. O usufruto do bem, pouco utilizado, figura no inciso IV.

O art. 736 do CPC foi modificado, como já referimos anteriormente, devendo os embargos ser oferecidos independentemente da garantia do juízo. Os embargos serão apresentados no prazo ampliado de 15 dias, o mesmo

do processo de conhecimento quanto à contestação do réu. Esse prazo se conta da juntada aos autos do mandado de citação cumprido, não mais da intimação da penhora (art. 738). Sublinhe-se: os embargos são oferecidos no prazo de 15 dias da citação, independentemente da penhora.

Havendo mais de um executado, o prazo é independente, contado da juntada do respectivo mandado e não do último, com exceção do caso de citação de cônjuges em execução (§ 1º).

Na hipótese de citação por precatória, dispõe o § 2º do art. 738 que "a citação do executado será imediatamente comunicada pelo juiz deprecado ao deprecante, inclusive por meios eletrônicos, contando-se o prazo para embargos a partir da juntada aos autos de tal comunicação" (§ 2º).

É expresso o § 3º que, ainda que os executados tenham procuradores diferentes, não têm eles o prazo em dobro do art. 191 do CPC (§ 3º).

A nova redação do art. 739, mais rigorosa do que a anterior, quanto às hipóteses de rejeição liminar dos embargos, indicando, sumariamente, a intempestividade, a inépcia e o caráter protelatório como motivos da rejeição liminar, revogou seus três parágrafos, especialmente o § 1º, quanto ao efeito suspensivo dos embargos.

Conforme o art. 745, nos embargos poderá ser argüido não ser executivo o título; ser incorreta a penhora ou errônea a avaliação; haver excesso de execução. Poderá o executado, igualmente, suscitar o direito de retenção de benfeitorias necessárias ou úteis e qualquer matéria que seria lícito discutir em defesa no processo de conhecimento.

O novo art. 739-A é expresso: "Os embargos do executado não terão efeito suspensivo".

Essa passou a ser a regra. Contudo, o § 1º contempla as hipóteses de efeito suspensivo dos embargos que, agora, constituem exceções, podendo ser requerido tal efeito à autoridade judiciária quando,

> sendo relevantes seus fundamentos, o prosseguimento da execução manifestamente possa causar ao executado grave dano de difícil e incerta reparação, e desde que a execução já esteja garantida por penhora, depósito ou caução suficientes.

Isto é, se houver *fumus boni iuris e periculum in mora,* como no caso de concessão de liminares e no agravo de instrumento.

A decisão concessiva ou não do efeito suspensivo poderá ser modificada a qualquer tempo, desde que fundamentadamente (§ 2º do art. 739-A).

O credor será ouvido em 15 dias sobre os embargos, após o que o juiz decidirá, observado o art. 330 do CPC (julgamento antecipado), ou designará audiência de conciliação, instrução e julgamento (art. 740).

No prazo dos embargos (art. 745-A), reconhecendo o crédito do exeqüente e comprovando o depósito de 30% deste, inclusive custas e honorários, poderá o executado pagar a dívida antes de embargá-la. Requererá seja admitido a pagar o restante em até 6 vezes, com as parcelas mensais acrescidas de correção monetária e juros de 1% ao mês (art. 745-A).

A nova redação do art. 746 estabelece que, no prazo de 5 dias, contados da adjudicação, alienação ou arrematação, poderão ser opostos embargos, "fundados em nulidade da execução, ou em causa extintiva da obrigação", desde que superveniente à penhora. É uma revivência dos antigos embargos à arrematação do modificado artigo 746.

O JULGAMENTO *PRIMA FACIE*

A Lei n. 11.277, de 7 de fevereiro de 2006, criou o art. 285-A do Código de Processo Civil, possibilitando a prolação imediata de sentença de improcedência da pretensão.

Dispõe esse artigo:

> Art. 285-A Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada.

O dispositivo fala em "poderá ser dispensada a citação e proferida sentença […]". Vê-se, pois, que não é impositiva a norma, senão que facultativa ao juiz, atendidos os requisitos postos no próprio art. 285-A.

Os §§ 1º e 2º cuidam da hipótese de inconformismo do autor e da seqüência do processo, nestes termos:

> § 1º Se o autor apelar, é facultado ao juiz decidir, no prazo de 5 (cinco) dias, não manter a sentença e determinar o prosseguimento da ação.
>
> § 2º Caso seja mantida a sentença, será ordenada a citação do réu para responder ao recurso.

O instituto deverá ser de grande valia nas chamadas ações repetitivas.

Note-se que a sentença anterior é do Juízo – e não somente da Vara. Exige-se, contudo, que haja mais de uma sentença anterior, já que a lei se refere a "total improcedência de outros casos idênticos".

A matéria foi objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade, proposta pela OAB (ADI n. 3.695), da qual foi relator o Sr. Ministro Cezar Peluso. Não há nenhuma decisão a respeito, embora a Procuradoria-Geral da República tenha opinado pela improcedência da ação.

Sobre o tema, há um excelente estudo de autoria de Eduardo Cambi, Mestre e Doutor em Direito pela UFPR e Promotor de Justiça no Estado do Paraná, publicado na RT 854/52, dezembro de 2006.

A INTERNET E A COMPROVAÇÃO DE DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL

A comprovação de dissídio jurisprudencial como fundamento dos recursos especiais, nos termos do parágrafo único do art. 541 (Lei n. 8.950/94), devia ser feita "[...] mediante certidão, cópia autenticada ou pela citação de repertório de jurisprudência, oficial ou credenciado, em que tiver sido publicada a decisão divergente [...]".

Ocorre que os repertórios jurisprudenciais publicam apenas uma pequena parte dos julgados dos tribunais, e são notórias, outrossim, as dificuldades para conhecer-se e obter-se certidões ou cópias autenticadas de decisões de outras Cortes de Justiça.

Com a difusão da internet, contudo, é extremamente fácil conhecer e imprimir os acórdãos dos tribunais em geral e, assim, fundamentar suficientemente a divergência alegada.

Com esse objetivo, defendi o uso da internet para tal fim em palestra em aula inaugural da Escola Superior da Magistratura, em fevereiro de 2000, e logo em seguida elaborei um projeto de lei que foi apresentado à Câmara Federal pelo atuante Deputado Édison Andrino. Foi relator da matéria na Câmara o Deputado José Roberto Batochio, que fora Presidente da OAB, e a 7 de agosto de 2006 o projeto se converteu na Lei n. 11.241.

Em seu parecer, o relator assinalou que a iniciativa "representa avanço processual e visa a facilitar a tramitação do recurso especial".

A lei não integra, na verdade, o conjunto de diplomas legais concebidos pela Comissão de Reformas do CPC, mas é, sem dúvida, mais um valioso instrumento para o aperfeiçoamento das normas processuais, como bem destacado pelo ilustre relator da matéria na Câmara Federal.

O parágrafo único do art. 541 passou a ter, em conseqüência, a seguinte redação:

> Art. 541, parágrafo único. Quando o recurso fundar-se em dissídio jurisprudencial, o recorrente fará a prova da divergência mediante certidão, cópia autenticada ou pela citação do repositório de jurisprudência, oficial ou credenciado, inclusive em mídia eletrônica, em que tiver sido publicada a decisão divergente, ou ainda pela reprodução de julgado disponível na internet, com indicação da respectiva fonte, mencionando, em qualquer caso, as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados.

A "repercussão geral" no Recurso Extraordinário

A Emenda Constitucional n. 45 de 2004 criou, acrescentando um § 3º ao art. 102 da Constituição Federal, o instituto da "repercussão geral", também conhecido como "filtro recursal", como pressuposto dos recursos extraordinários.

Analisando o dispositivo constitucional que instituiu a "repercussão geral", destaca Mancuso (2006, p. 194), que a "repercussão geral é conceito vago, indeterminado, plurívoco ou polissêmico, e justamente por isso o constituinte revisor houve por bem relegar à lei a tarefa de dar-lhe maior concreção".

E enumera, em seguida, as quatro modalidades de transcendência, dentre elas a "jurídica", que se configura quando verificado "desrespeito patente aos direitos humanos fundamentais ou aos interesses coletivos indisponíveis, com comprometimento da segurança e estabilidade das relações jurídicas" (obra citada, p. 197).

A vigência do instituto estava na dependência de sua regulamentação, o que ocorreu a 19 de dezembro último, pela Lei n. 11.418, com vigência a partir de 60 (sessenta) dias de sua publicação, em 20-12-06.

Vale mencionar que o § 3º do art. 1º dessa lei considera de repercussão geral o recurso sempre que impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal. Portanto, recurso manifestado de decisão

que haja decidido contrariamente a súmula ou jurisprudência dominante do STF terá trâmite assegurado, independente da demonstração específica de sua repercussão geral.

Recentemente o STF editou a Emenda Regimental n. 21, de março último. Respeitando o disposto na Emenda Constitucional n. 45 e na Lei 11.418/2006, condiciona a admissibilidade do Recurso Extraordinário à ocorrência de questão constitucional revestida de repercussão geral, dispondo – na linha da lição de Mancuso — que para tal efeito será considerada a existência, ou não, de questões que, relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, ultrapassem os interesses subjetivos das partes.

Os recursos extraordinários interpostos a partir de meados de maio de 2007 já estão sujeitos a essa exigência, uma vez que, segundo o art. 4º da lei, "Aplica-se esta Lei aos recursos interpostos a partir do primeiro dia de sua vigência".

As súmulas vinculantes

A mesma Emenda Constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004, no bojo denominada "Reforma do Judiciário", acrescentou ao texto constitucional o artigo 103-A, com três parágrafos, autorizando o Supremo Tribunal Federal, após reiteradas decisões *sobre matéria constitucional*, a aprovar súmulas com efeito vinculante em relação aos demais órgãos do judiciário e à administração pública direta e indireta, na esfera federal, estadual e municipal.

Nos termos do *caput* do aludido artigo, as súmulas serão aprovadas por decisão de dois terços dos seus membros, podendo o Supremo, ainda, proceder à revisão ou ao cancelamento das súmulas, na forma estabelecida em lei.

O § 1º do art. 103-A refere-se ao objetivo da súmula: a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre os órgãos do judiciário ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questões idênticas.

Dispôs o § 2º que, "sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocado por aqueles que podem propor ação direta de inconstitucionalidade.

Por fim, o § 3º dispôs que do ato administrativo ou decisão que contrariar súmula caberá reclamação ao STF, que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial e determinará que outra seja prolatada.

Essas disposições constitucionais foram regulamentadas pela Lei n. 11.417, de 19-12-2006, que repetiu, de um modo geral, o enunciado do art. 103-A e seus parágrafos, inclusive o rol de legitimados à propositura de súmulas, sua revisão e cancelamento, que são os mesmos legitimados ao requerimento de ação direta de inconstitucionalidade.

Dispôs, ainda, sobre a participação do Procurador-Geral da República nas propostas que não houver formulado e determinou que no prazo de 10 dias seja publicada a súmula que for aprovada.

A lei entrou em vigor três meses após sua publicação – que se deu no DOU de 27-2-2006 –, e há dias o STF aprovou, em sessão administrativa, o texto das três primeiras súmulas vinculantes, que será publicado no Diário da Justiça e, após, apreciado pelo Plenário e publicado na imprensa oficial.

As três primeiras súmulas dizem respeito:

— a primeira, à obrigatoriedade de observância do acordo firmado pelo trabalhador quanto à correção monetária das contas do FGTS;

— a segunda, à inconstitucionalidade de ato normativo estadual ou distrital que disponha sobre bingos e loterias;

— e a terceira, à observância, no âmbito do Tribunal de Contas da União, do contraditório e da ampla defesa do interessado no processo.

Embora haja uma certa inconformidade com a adoção do princípio da súmula vinculante, nos termos em que disciplinada a matéria na Constituição, parece-me que não há quebra da autonomia dos órgãos do Poder Judiciário de grau inferior ao STF, nem da Administração Pública, uma vez que é o STF que dita a última palavra sobre a constitucionalidade ou não das leis e atos normativos. Exige-se o *quorum* de dois terços dos membros do STF para a aprovação da súmula, e ela só é adotada depois de reiteradas decisões *in concreto* sobre a matéria.

Os tribunais e juízes sempre respeitaram as Súmulas do STF, desde sua criação, em 1963, por inspiração do grande Ministro Victor Leal Nunes, de forma que não há deixar de aceitar o caráter vinculante que a Constitui-

ção assegura ao STF na edição das súmulas disciplinadas pelo art. 103-A do texto constitucional.

Por certo que a edição de tais súmulas contribuirá para desafogar aquele alto pretório e os fóruns em geral de questões que se repetem, às vezes, aos milhares, e sem razão lógica, uma vez que já decididas pela mais alta instância judiciária do País.

O inventário, a partilha, a separação e o divórcio consensuais

Por sugestão do Juiz catarinense, Dr. Ricardo Roesler, da comarca de Joinville, ex-presidente da Associação dos Magistrados Catarinenses – AMC, o Senador César Borges apresentou projeto de lei ao Senado, que, aprovado naquela Casa e posteriormente na Câmara Federal, constituiu-se na Lei n. 11.441, de 4 de janeiro de 2007.

Essa lei autoriza o inventário e a partilha por escritura pública, desde que não haja testamento ou interessados incapazes, sejam concordes e capazes todas as partes e estejam elas assistidas por advogado comum ou advogado de cada uma delas.

O processo de inventário deve ser aberto dentro de 60 (sessenta) dias, a contar da abertura da sucessão, e ser concluído em 12 meses.

A partilha, com a nova redação do art. 1.031, será homologada de plano pelo juiz, mediante prova de quitação dos respectivos tributos.

A mesma lei faculta a separação e o divórcio consensuais por escritura pública, observados os requisitos legais quanto aos prazos, desde que os cônjuges não tenham filhos menores ou incapazes.

A escritura descreverá os bens comuns, disporá sobre a partilha e o acordo quanto à retomada pelo cônjuge de seu nome de solteiro ou a manutenção do adotado por ocasião do casamento.

A validade da escritura não dependerá de homologação judicial e constitui título hábil para o registro civil e o de imóveis.

Também neste caso, o tabelião só lavrará a escritura se as partes estiverem assistidas por advogado.

A escritura e os demais atos notariais serão gratuitos aos que se declararem pobres.

A lei vem tendo muito boa aceitação e aplicação. Na verdade, em se tratando de atos que dependem fundamentalmente da vontade das partes e inexistindo incapazes, achando-se os interessados assistidos por advogados, não há mesmo necessidade de homologação judicial.

Poupa-se o juízo de intervenções que, em realidade, não são substanciais à validade do ato.

Um verdadeiro ovo de Colombo.

A aplicação da informática nos processos judiciais

Finalmente, quanto à aplicação da informática nos processos judiciais, não há senão dizer que ela é uma realidade cada vez mais palpável.

O assunto começou a ser cogitado por alguns juristas ainda na década de 70, entre eles lembro-me bem de Igor Tenório, Advogado no Rio de Janeiro que escreveu livros e artigos diversos sobre o tema, versando-o até mesmo em Conferências Nacionais da OAB.

Com o tempo a informática foi conquistando espaços e defensores entusiásticos. Os Tribunais foram-se aparelhando para utilizar melhor dos recursos da informática, tanto nos registros de movimentação dos processos como nos bancos de dados de jurisprudência, e os advogados passaram a usar crescentemente da informática nas consultas e em petições, e os avanços nesse campo não cessam.

A Lei n. 9.800, de 27-9-99, admitiu a utilização do sistema de transmissão de dados e imagens para a prática de atos processuais que dependem da transmissão escrita, e recentemente a Lei n.11.419, de 4-1-07, baixou normas a respeito, dispondo seu artigo 1º: “Art. 1º O uso de meio eletrônico na tramitação de processos judiciais, comunicação de atos e transmissão de peças processuais será admitido nos termos desta lei”.

O § 1º, a seu turno, estabeleceu: “Aplica-se o disposto nesta Lei, indistintamente, aos processos civil, penal e trabalhista, bem como aos juizados especiais, em qualquer grau de jurisdição”.

O Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, por iniciativa do eminente Desembargador Carlos Prudêncio, já está lançando as bases para julgamentos com a utilização dos recursos da eletrônica, o que dispensará a vinda de volumosos autos de processos às salas de sessões, e os julgadores

e advogados terão à mão monitores que reproduzem as principais peças do processo.

A iniciativa está em fase experimental, mas parece não haver dúvida de que, com o tempo, será utilizada amplamente.

Conclusão

Para concluir, diria que, de um modo geral, todas essas leis que reformaram o CPC contribuíram eficazmente para maior agilidade e efetividade do processo civil, que é um anseio que domina os juristas de nossos dias e um desejo generalizado da sociedade.

O atual Código de Processo Civil tem, de fato, uma nova fisionomia e se mostra muitíssimo mais apto para realizar o anseio de celeridade e eficácia do processo civil do que sua versão original.

Referências

BERMUDES, Sérgio. *A reforma do Código de processo civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial.* 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

A MANDAMENTALIDADE DA DECISÃO CAUTELAR

Márcio Schiefler-Fontes*

Sumário

1 Breve introdução. 2 A tutela antecipatória. 3 A mandamentalidade. 4 A decisão cautelar. 5 Considerações finais. 6 Referências.

1 Breve introdução

A tutela jurisdicional poderia hipoteticamente exaurir-se mediante os processos de conhecimento e de execução[1]. Não obstante, em razão do tempo decorrido entre a interposição da demanda e a satisfação do direito de ação, surgiu o processo cautelar, concebido a princípio como um meio de conservar e assegurar o processo principal, porém não como forma de antecipar os resultados nele buscados, isto é, a definitiva composição da lide. Enquanto o processo principal busca tutelar o direito, o processo cautelar visa a tutelar o processo principal. Daí a declamada instrumentalidade, porque as medidas cautelares não encerrariam um fim em si mesmas, mas portariam eficácia adstrita às providências buscadas no processo principal.

* É bacharel em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (2003), formado pela Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina (2003) e Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Federal de Santa Catarina (2005). Foi nomeado Terceiro Secretário da Carreira Diplomática; é Juiz Substituto em Santa Catarina, judicando na Vara Criminal da comarca de São José desde agosto de 2005, e Professor Colaborador de Direito Processual Penal na Universidade do Vale do Itajaí; é também Coordenador Regional da Associação dos Magistrados Catarinenses.

1 Muito embora as recentes inovações legislativas que modificaram dramaticamente o processo de execução, tornando-o em boa medida mera fase do processo civil, não sejam objeto deste trabalho, é oportuno enfatizar que o processo cautelar segue incólume. A esse respeito, vale examinar especialmente a Lei n. 11.232, de 22 de dezembro de 2005, e a Lei n. 11.382, de 6 de dezembro de 2006.

Desde sua criação, não como modalidade processual, mas como mera técnica de "garantia", até chegar a nosso sistema processual vigente, a tutela cautelar vem sofrendo uma série de alterações legislativas, com conseqüências no mais das vezes controvertidas. De largada, deve-se diferenciar tutela cautelar (efeito concreto) de processo cautelar (medida provisória de caráter abstrato prevista em lei). Algumas dessas mudanças encontraram sensível desvirtuamento na utilização equivocada pelos advogados e na interpretação inadequada pelos tribunais.

2 A TUTELA ANTECIPATÓRIA

É imprescindível excluir destas linhas, antes de prosseguir, o tema da tutela antecipatória, que não é aqui objeto de estudo e só aparece como termo de comparação com a tutela cautelar.

É certo que o legislador não criou no processo de conhecimento do Código de Processo Civil de 1973 um instituto que comportasse a satisfatividade facultada pelo de 1939, fato que levou as cautelares ao uso indiscriminado (MARINONI, 1998, p. 5), conforme ocorria com as tutelas cautelares (cautelares propriamente ditas e antecipatórias) do sistema anterior, por absoluta falta de opção, porque não havia outra tutela de urgência fora do Livro III do CPC, em completa dissonância com o pretensamente preconizado por Buzaid (medida provisória, desprovida de definitividade, calcada em mera plausibilidade). Nesse contexto, surgiu em 1994 a antecipação de tutela (artigo 273), que teve impacto direto sobre as cautelares ao ser concebida com o propósito de dar fim ao uso incorreto e abusivo das medidas cautelares (TEIXEIRA, 1996, p. 165).

A antecipação de tutela, em contraposição ao processo cautelar, realiza de forma antecipada os direitos buscados pela parte, pois fica facultado ao juiz antecipar os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, quando preenchidos os requisitos da prova inequívoca, da verossimilhança da alegação e do fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação. Diferentemente do esperado, contudo, a inserção de tal dispositivo no ordenamento processual civil não eliminou o problema, apesar de ambos os institutos possuírem características e requisitos distintos, operando efeitos igualmente diversos entre si – a cautelar relativamente ao processo e a medida antecipatória no que diz respeito ao direito material.

Vem novamente à tona, embora neste tópico apenas de passagem, o acréscimo do § 7º ao artigo 273 do Código de Processo Civil, que acirrou ainda mais a discussão existente em torno das tutelas cautelares e antecipatórias, não menos porque por ele a tutela cautelar figura como medida em tese possível dentro do processo de conhecimento.

Esse complexo ambiente, não há negar, torna essencial e imprescindível um retorno aos fundamentos do direito processual civil que possibilite perquirir a natureza do provimento cautelar à luz de uma análise percuciente do processo.

3 A MANDAMENTALIDADE

Antes de qualquer coisa, a segurança requerida na tutela cautelar não pode prescindir da lembrança da classificação das ações proposta por Pontes de Miranda, e em seguida da categoria das ações e sentenças mandamentais. Por esse prisma é que se percebe que somente tal categoria de sentença, concomitantemente ato jurisdicional típico, mas incapaz de produzir coisa julgada material (artigo 467), e definitivo (artigo 269) – por corresponder a uma modalidade de tutela jurisdicional que se completa com uma sentença, a qual acaba por encerrar uma relação processual –, mas que não declara a existência do direito assegurado, poderá ser capaz de preencher os requisitos reclamados pela tutela cautelar (artigo 798).

As categorias tradicionais – declaratória, constitutiva e condenatória – de tutela jurisdicional (THEODORO JÚNIOR, 2001, p. 455) somam-se à tutela executiva no conjunto daquelas inaptas a servir de instrumento eficaz à simples tutela da segurança jurídica no bojo de uma relação processual, como exige a tutela cautelar, por serem elas necessariamente formas de satisfação plena e irreversível do direito tutelado (BAPTISTA DA SILVA, 2000, p. 79).

Na cautelaridade, a eficácia da decisão deve conectar-se muito mais a uma ordem da autoridade jurisdicional que num julgamento, como acontecia, aliás, nos interditos romanos, que são, para muitos, as origens da tutela cautelar (BAPTISTA DA SILVA, 2000, p. 81).

Pontes de Miranda (1976, p. 3), ao comentar o Código de Processo Civil, pôs a nu essa característica da tutela cautelar em vigor, em que há certa inaptidão dos meios processuais comuns para a garantia célere no caso concreto, além do que frisou que a ordem com a qual se veste a decisão cautelar

também tem conteúdo administrativo. Pontes de Miranda (1976, p. 108), aliás, é outro que busca nos interditos as raízes dessas características.

4 A DECISÃO CAUTELAR

Não é difícil perceber que somente uma decisão que porte mais ordem que juízo (julgamento) será apropriada a uma forma de tutela processual mediante a qual se requer proteção a um direito eventual, cuja declaração não exige do magistrado posicionamento acerca do mérito da causa principal, ou melhor, sem que ali se produza coisa julgada material (artigo 467) (BAPTISTA DA SILVA, 2000, p. 81). Logo, uma decisão mandamental.

Em tempo: decisão mandamental é aquela decorrente de uma ação que se prende, nas palavras de Pontes de Miranda (1998, p. 135), "a atos que o juiz ou outra autoridade deve mandar que se pratique. O juiz expede o mandado, porque o autor tem pretensão ao mandamento e, exercendo a pretensão à tutela jurídica, propôs a ação mandamental" .

As autênticas medidas cautelares, como o arresto (artigo 813), o seqüestro (artigo 822) e as cauções (artigo 826), demandam das respectivas sentenças que as impõem não a declaração de um direito assegurado, senão essencialmente se limitam a determinar que seja efetivada a medida cautelar, fundamentada tão-somente na probabilidade de que aquela parte que requereu a medida seja de fato a titular do direito assegurado. Nessas hipóteses, é evidente que não há declaração da existência do direito material nem declaração de ser o demandado fatalmente vencido na causa principal. Tal desfecho obviamente jamais poderia ser alcançado por meio de sentenças declaratórias, constitutivas, condenatórias ou executivas, mesmo porque essas categorias de sentença produzem jurisdição satisfativa, pois ensejam o que produzirá coisa julgada material[2] (artigo 467). Quem declara direito material de modo a produzir coisa julgada indubitavelmente satisfaz a pretensão à declaração (BAPTISTA DA SILVA, 2000, p. 82).

A mandamentalidade é também decisiva quando se pretende tutela cautelar no processo de execução. Nem sequer seria possível nessa seara o emprego das técnicas próprias da execução obrigacional para alcançar o cumprimento da sentença, especialmente quando o provimento jurisdicional portasse uma ordem dirigida ao demandado, de modo a impor-lhe conduta,

2 A respeito da coisa julgada, ver: Baptista da Silva, 2004.

quer positiva (artigo 632), quer negativa (artigo 642) (BAPTISTA DA SILVA, 2002, p. 348). Manifesta-se a estrutura da sentença condenatória em toda a sua inadequação ao escopo cautelar, instrumentalizado pelo respectivo provimento jurisdicional.

Fica claro, portanto, que a sentença cautelar não é nem poderia ser condenatória, inapropriado de qualquer forma que sua execução se submetesse "aos critérios e limites peculiares às obrigações de fazer e não fazer, de tal modo que se pudesse imaginar a substituição do cumprimento *in natura*, quando a conduta imposta ao demandado consistisse num *facere* infungível, pela indenização pecuniária" (BAPTISTA DA SILVA, 2002, p. 348).

Sob essas circunstâncias, parece elementar que o processo cautelar não deve ser imiscuído com as chamadas demandas do processo de conhecimento, porque contém "jurisdição após a sentença de procedência". É por isso que Baptista da Silva (2002, p. 348) expõe:

> A "unidade" do procedimento cautelar que tanto intrigava Liebman (Unità del procedimento cautelare, RDP, 1954, p. 248 e ss.) precisamente nisto consiste: o procedimento é "único e indivisível" e, não obstante – foi a conclusão de Liebman –, não se lhe pode atribuir nem a natureza de um processo de conhecimento, menos ainda de um processo de execução (entendida como execução por créditos, que, como vimos amplamente na exposição anterior, é a única conhecida pela doutrina européia)[3].

A decisão cautelar, que coroa o processo cautelar, que é autônomo, instrumental, portador de tutela urgente, provisória e revogável, não raras vezes fungível e que não faz coisa julgada material, não poderia ter outro caráter que não o mandamental.

5 Considerações finais

Foi a partir do Código de Processo Civil em vigor que o processo cautelar ganhou autonomia como forma de prestação jurisdicional específica. No Código de 1939, o processo cautelar era acessório, incluído no título das medidas preventivas.

3 Em seguida, assinala: "Essa mesma contraposição do processo cautelar ('quanto allo scopo') ao processo de conhecimento – que CARNELUTTI ainda dizia ser o único de natureza jurisdicional – e ao processo de execução fora assinalada por este em seu *Sistema del diritto processuale civile*, vol. I, p. 206; igualmente CALAMANDREI, em seu clássico ensaio sobre os provimentos cautelares, depois de fazer considerações que denunciavam uma idêntica perplexidade, chega a afirmar que o processo cautelar deveria ser colocado 'nella sistematica del processo come categoria a sè' (*Introduzione*..., p. 140)" (p. 348 - 349).

Na jurisdição cautelar, que segundo uns almeja precipuamente assegurar preventivamente a efetiva concretização de direitos subjetivos e de formas diversas de interesses juridicamente legítimos (GOMES; BAPTISTA DA SILVA, 1998, p. 334), e segundo outros intenta simplesmente garantir o fim útil do processo (LACERDA, 1980, p. 55), configura-se nitidamente a preponderância da eficácia mandamental, em que o juiz mais ordena do que julga.

Isso não é privilégio da jurisdição cautelar, como desde logo se afigura. Em outros campos das tutelas de urgência acontece fenômeno idêntico. Na jurisdição antecipatória (artigo 273), que sacia provisoriamente a busca pelo bem da vida perseguido no processo a partir da ação, ocorre satisfação parcial ou integral de um direito, realização concreta e objetiva dele no plano social, como enfatiza Nelson Schaefer Martins (2004, p. 207).

Percebe-se, pelo sucintamente exposto, que não pode ser posta em dúvida a mandamentalidade da decisão cautelar, em que o juiz ordena, determina que a parte faça algo, mas sempre na defesa do processo, buscando a garantia de sua efetividade, jamais em favor da parte para entregar-lhe, antes da cognição apropriada, o bem da vida perseguido.

6 Referências

BATISTA DA SILVA, Ovídio A. Coisa julgada relativa?. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 821, ano 93, p. 29-38, mar 2004.

_____. *Curso de processo civil*. 5. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v. 2.

_____. *Curso de processo civil*. 3. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. 3.

GOMES, Fábio Luiz. BATISTA DA SILVA, Ovídio A. *Teoria geral do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1980. v. 8, t. 1.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela.* 4. ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 1998.

MARTINS, Nelson Juliano Schaefer. *Poderes do juiz no processo civil*. São Paulo: Dialética, 2004.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 12. t. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

_____. *Tratado das ações*. 1. t. atual. por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 1998.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Reforma do CPC*. São Paulo: Saraiva, 1996.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 37. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. v. 1.

A CONSCIÊNCIA JURÍDICA E A EQÜIDADE COMO "NOVOS" PARADIGMAS PARA A ATIVIDADE JURISDICIONAL CONTEMPORÂNEA

Maximiliano Losso Bunn*

Sumário

1 Introdução. 2 A insuficiência do normativismo de Kelsen na Pós-Modernidade. 3 "Novos" paradigmas para a atividade jurisdicional: a consciência jurídica e a eqüidade. 4 Considerações finais. 5 Referências.

1 Introdução

Àqueles que se propuserem a gastar um pouco do seu tempo lendo este trabalho, desde já informo que ele adveio da necessidade de rever certos conceitos que a dogmática jurídica baseada no positivismo impôs e que, agora, nessa fase de transição para a dita Pós-Modernidade, não mais bastam para conduzir a atividade jurídica, sobretudo da autoridade judiciária, enquanto detentora de parcela da função estatal comprometida com valores como justiça, igualdade e bem-estar social.

É, em suma, um trabalho que visa explicitar a necessidade do compromisso com um Direito Justo.

Aliás, embora à primeira vista essa expressão possa parecer redundante, notadamente a acadêmicos não tão acostumados ao raciocínio Político-Jurídico, dado o caráter tecnicista da grande maioria dos atuais cursos

* Juiz de Direito Substituto em Santa Catarina. Formado pela Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina – Esmesc. Especialista em Direito Processual Civil pela Fundação José Arthur Boiteux – Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Mestrando em Direito, na linha de Pesquisa, Produção e Aplicação do Direito, pela Universidade do Vale do Itajaí – Univali.

jurídicos – imposto pelo meio, a bem da verdade –, alerto aos navegantes que certamente não o é.

Não o é, justamente, porque dentro da lógica normativista a Lei positiva não guarda, obrigatoriamente, nenhuma correspondência com o valor Justiça, ainda que isso possa parecer estranho.

E isso se dá porque a partir do normativismo de Hans Kelsen, expressão maior do positivismo, criou-se nos meios jurídicos em geral a verdade de que um ordenamento válido formalmente, ou seja, instituído, criado e mantido por um sistema constitucionalmente válido, seria o bastante para assegurar que a "justiça" fosse feita nos casos apresentados ao Poder Judiciário.

Nesse passo, sedimentou-se a prática forense de julgar conforme a lei, tão-somente, sem que os julgadores estivessem atentos, ou mesmo preocupados, com o mundo que se desenvolvia do lado de fora dos pretórios.

Bem por isso, já se pode constatar que o normativismo, a legalidade estrita, privilegia unicamente a conformidade das decisões com o Direito Positivo posto. Não há na lógica do normativismo, repito, nenhuma relação entre Direito e Justiça. Para os normativistas, Direito é aquilo que está nos pergaminhos legais e ponto!

A propósito, com a precisão de sempre, Maria da Graça dos Santos Dias (2000, p. 46) faz uma síntese do pensamento de Kelsen, expondo que para este

> nem a Ciência Jurídica, nem outra ciência qualquer pode definir o conteúdo da Justiça, pois esta é um valor absoluto com pretensão de validade universal e atemporal, eterna e imutável. Para ele, é impossível definir-se a idéia de justiça pela via da ciência, da racionalidade, pois a justiça absoluta é um ideal irracional. Por indispensável que possa ser à vontade e à ação, escapa ao conhecimento racional, e a ciência do direito só pode explorar o domínio do direito positivo.

Todavia, cabe salientar que, contemporaneamente, esse pensamento não mais constitui verdade absoluta, já que com o desenrolar dos tempos os juristas, assim entendidos todos aqueles que lidam com os sistemas jurídicos, ainda que não bacharéis em Direito, viram que a Lei positiva nem sempre atende o sentimento de Justiça, compreendida esta como o bem comum desenvolvido na Consciência Jurídica.

E o Direito Positivo não satisfaz sempre o sentimento de Justiça porque não é possível à norma, criada na solidão do Parlamento, conseguir

captar, integralmente, sempre, todos os valores postos em jogo e, com isso, resolver as lides postas à resolução. Cai, assim, um dos pilares do sistema normativista, qual seja, a idéia de completude dos sistemas jurídicos, por meio da qual se imaginava que o Direito posto seria capaz de, pela silogia lógica, apresentar um produto jurídico para todos os fatos que fossem submetidos ao crivo do julgador.

Ademais, ainda nesse pensar, tem-se que, por serem estáticos, os ordenamentos jurídicos em geral também não conseguem acompanhar a velocidade do desenvolver das relações sociais, cada vez mais dinâmicas, tanto mais na era da globalização, criando-se, pois, vazios de legalidade.

Nesse sentido, debatendo a impropriedade da teoria difundida por Kelsen, vale a pena ver o que destaca Dias (2000, p. 61):

> A realidade humano-social apresenta características plurais e dinâmicas. Assim sendo, o Direito não pode constituir-se em um sistema fechado, inflexível, rígido, pois sua razão de ser está referida à vida da sociedade. Pensar o Direito a partir de referentes do Positivismo significa privilegiar critérios de objetividade, neutralidade, universalidade desse saber, em detrimento das questões valorativas específicas de cada cultura e sociedade.

Pensemos, ainda, no fato de a legalidade estrita ser criada por sistemas totalitários, tal como aqueles impostos pelo Terceiro *Reich*, por exemplo. Ora, grande parte das atrocidades cometidas pelo partido Nacional Socialista Alemão – os Nazistas – estavam debruçadas sobre o Direito lá positivado. Mas o que tinham essas regras de justas?

Desse modo, diante desses fenômenos, e considerando que a sociedade não mais reflete a paz social que o sistema jurídico busca infligir, foi a partir da discussão iniciada na filosofia, dentro do período que já se vem denominando Pós-Modernidade, que se verificou a necessidade de se alterar os paradigmas que até então guiavam a atividade jurisdicional, a fim de entender e, pois, considerar o Direito como ferramenta para o alcance da Justiça, sobretudo.

Entram em cena, então, nesse desenrolar da tragédia da vida, a Consciência Jurídica e a Eqüidade como carros-chefe, pois a primeira reflete o sentimento de justiça de uma sociedade, enquanto a segunda fornece, justamente, os mecanismos de proporção e igualdade indispensáveis à correção da norma legal quando se pretende estabelecer um Direito Justo.

Por fim, apenas acrescento que os conceitos utilizados no presente trabalho serão apresentados durante seu desenrolar, visando não deixar o estudioso sem a necessária base conceitual e, tampouco, tornar maçante a leitura.

2 A insuficiência do normativismo de Kelsen na pós-modernidade

Como já mencionado, a expressão máxima do Positivismo Jurídico[1] foi o normativismo de Kelsen, cuja doutrina, como ressalta Dias (2000, p. 4),

> tem a manifesta intenção de libertar o Direito de todo juízo de valor ético e político, desvinculando-o de um fundamento moral. Afirma a Ciência Jurídica enquanto uma ciência dogmática, excluindo a Justiça do estatuto epistemológico do Direito, ou seja, esta deixa de constituir-se em instrumento de avaliação ética e de legitimação do Direito.

Ou seja, na lógica de Kelsen, o Direito enquanto tradução, tão-somente, das regras impostas em determinado ordenamento jurídico não tem a necessidade de guardar qualquer relação com a realização da Justiça[2], sendo o sistema positivista tido como algo suficiente a si próprio, perfeito e acabado (MELO, 1994, p. 72).

E foi essa lógica fria que os sistemas jurídicos contemporâneos desenvolvidos na racionalidade da Modernidade adotaram como modelo para o desenvolvimento de seus ordenamentos jurídicos, incluindo-se, aí, até mesmo, o ordenamento jurídico pátrio.

De maneira singular, aliás, Osvaldo Ferreira de Melo (1994, p. 72) bem expõe a lógica positivista:

> A construção do Direito Positivo se fazia então através de uma metodologia própria. As regras seriam deduzidas de alguns princípios pré-fixados. O raciocínio que guiaria esse procedimento estaria subordinado aos princípios da lógica geral e teria, num silogismo

1 Positivismo Jurídico: "1. Escola que reduz o Direito à sua função técnica, distinguindo-o rigorosamente da Metafísica, como o que se opõe frontalmente ao Jusnaturalismo. 2. Posicionamento que repele a idéia de um Direito Natural anterior e superior à positividade jurídica, vendo nesta última a fonte de todo o conhecimento do Direito" (MELO, 2000. p. 78).

2 Justiça: "Significante notavelmente polissêmico, cujos principais significados, no uso corrente, são: 1. A ordem nas relações humanas; 2. Conformidade da conduta a um sistema de normas morais e jurídicas; 3. Valor fundamental do Direito e por isso objetivo permanente de toda ação político-jurídica; 4. Virtude da norma jurídica ao estabelecer equilíbrio no conflito de interesses [...]" (MELO, 2000, p. 56).

> paradigmático, como premissa maior, o preceito, ou seja, a diretiva genérica e, como premissa menor, a decisão ou a norma concreta. Essa abstração, que se convencionou chamar de princípio da subsunção, transformou-se em verdadeiro dogma que viria orientar o normativismo lógico até nossos dias.

E, em particular, quanto ao raciocínio de Hans Kelsen, Osvaldo Ferreira de Melo (1994, p. 29-30) assim comenta:

> Ao expor uma idéia de Ciência Jurídica como sendo uma ciência formal e hipotético-dedutiva, Kelsen diferenciou seus pressupostos daqueles do positivismo tradicional que, sob vários aspectos, se confundia com a Sociologia Jurídica. A concepção de que só a norma formalmente válida faz algo ser jurídico, é essencial na dogmática Kelseniana e assim, fora do exame das normas, nada mais poderia importar ao renomado juscientista.
>
> Tal concepção, todavia, além de afastar da Ciência Jurídica o estudo dos fatos geradores das normas, vai mais além, colocando sob olhar cético a importância do conteúdo moral da norma. Kelsen pretendia superar tudo isso ensinando que o conceito de Justiça deveria ser distinguido do conceito de Direito e que portanto a norma de justiça tem vida à parte da norma jurídica. “A norma de justiça indica como deve ser elaborado o direito quanto ao seu conteúdo” mas “o direito positivo não vale pelo fato de ser justo ou pelo fato de sua prescrição corresponder a uma norma de justiça [...] Os atos do legislador, suas escolhas e decisões podem ser medidos por normas de justiça mas “o valor justiça do ato normativo deve ser claramente distinguido do valor jurídico que as normas de direito positivo constituem.

Assim, conforme destaca Aurélio Wander Bastos (apud MELO, 1994, p. 73), o que se viu é que, a partir da doutrina de Kelsen,

> A lei escrita transmudou-se de instrumento de construção de nova lei social em instrumento de sua conservação. A positivação do racionalismo jusnaturalista provocou o desenvolvimento do mais sólido movimento jurídico da história do pensamento jurídico contemporâneo. A legalidade, a ordem escrita se sobrepõe a todos os padrões de legitimidade e justiça: o justo e o legítimo são valores que a lei transcreve e prescreve, e aquilo que a lei não alcança não é Direito.

E, bem ou mal, foi essa a visão tecnicista do Direito que até há pouco se entendeu como verdade absoluta, e aqueles que a muito custo tentavam demonstrar que as regras nem sempre refletiam a Justiça enquanto valor ficaram com o título de alternativistas ou de julgadores arbitrários, afastados

da legalidade, pois que decidiam conforme o sentimento do Justo, ainda que *contra legem.*

Contudo, com o passar do tempo o próprio sistema jurídico foi percebendo, ainda que à custa de muitas injustiças, que essa visão não podia mais ser tida como correta, sob pena de afronta a um Direito Justo, um Direito que, efetivamente, trouxesse de volta a estabilidade social. E isso ocorreu unicamente porque em sua brilhante concepção Kelsen esqueceu que o Direito não disciplina coisas mas, "tão-somente", interações humanas (MELO, 1994, p. 31). Disciplina, portanto, as relações do mundo dos vivos, planeta no qual os fatos se passam dia após dia, em um efervescente da própria sociedade enquanto organização dinâmica e não estática como a realidade dos códigos e dos pergaminhos legais.

Nesse mesmo sentido a observação crítica de Melo (1994, p. 31):

> As normas nascem, perecem, às vezes renascem, têm vida e morte, refletindo os dramas existenciais de seus criadores. A natureza humana é incompadecente com um direito rígido, cristalizado, insuscetível de ser valorado ou submetido a estratégias de aperfeiçoamento.
>
> A redução científica proposta por Kelsen na sua Teoria Pura do Direito e confirmada na Teoria Geral das Normas pode nos oferecer, no máximo, uma noção de justiça formal que se confundirá com um rigoroso e frio conceito de legalidade.

O normativismo de Kelsen, então, trilhou sozinho seu próprio caminho em direção à morte à medida que as relações sociais se desenvolviam em um ritmo tão acelerado e ele, estático e senhor de si, permanecia fechado, como uma bolha de vidro no meio do universo.

A partir daí o que se vê é que o Direito, acorrentado pela doutrina Kelseniana, passou cada vez mais a se distanciar do sentimento de Justiça, transmudando-se, pois, muitas vezes, em abstração normativa existente, tão-somente para assegurar a manutenção de ideologias de elites mantenedoras do próprio sistema jurídico.

Por sua vez, os Tribunais e julgadores, outrossim, também envolvidos pelas amarras dos conceitos de Kelsen, infligidos aos operadores jurídicos desde a tenra idade profissional, trilhavam o mesmo caminho, subjugando, com isso, os verdadeiros conceitos do Direito e da Justiça, sinônimos perfeitos segundo uma lógica comprometida com a realização do bem comum.

É bem verdade que nas últimas décadas a jurisprudência, sobretudo, tal como um guerreiro solitário, libertou-se das amarras e, ainda que por vezes golpeada, vem construindo seu próprio papel dentre as fontes do Direito, passando a se constituir, assim, em imprescindível elemento a corrigir a distorção da regra legal que, como produto do legislador, isolado no Parlamento e muitas vezes contaminado por ideologias advindas sabe-se lá de onde, acaba por criar verdadeiras aberrações legiferantes.

Porém, tanto mais diante da globalização, que torna as relações sociais muito mais intensas e velozes, por vezes a distância entre a regra posta e a consciência jurídica[3] é tão grande que, ainda que fazendo o julgador uso da hermenêutica, não consegue ele vencer o abismo que se põe diante delas. Por esse motivo, como destaca Melo (1994, p. 76-77), hoje

> os desafios são muito mais complexos e com a sustentação dessas fontes únicas, o monismo hegemônico não mais consegue sobreviver, porque não atende a essa ebulição social, gerado de contestações que se desenham em representações jurídicas e em novos paradigmas. É inglório pretender que a totalidade das situações possa ser abrangida pela abstração da norma positivada.

Aliás, nada obstante, apenas friso que, quando usei o adjetivo "novos" no título do presente trabalho, o fiz porque a constatação de que o normativismo não atende aos reclamos sociais não tem nada de recente. Pelo contrário, sua primeira "aparição" já se deu, como comenta Carlos Maximiliano (1988), por ocasião da Escola do Direito Livre, naquela época condenada porque segundo seus críticos ao julgador não eram impostos limites legais – as tais amarras do positivismo, lembram-se?

De todo modo, o que realmente se percebeu no "frigir dos ovos" é que a lógica da doutrina Kelseniana não era suficiente para absorver integralmente toda uma gama de situações que nasciam no meio social e que reclamavam, obviamente, tutela jurídica Estatal. Criavam-se, na ausência de dispositivos legais a respeito das situações havidas, vazio de legalidade, geradores, por sua vez, de uma verdadeira crise de legitimidade[4].

3 Consciência Jurídica: "1. Aspecto da Consciência Coletiva que se apresenta como produto cultural de um amplo processo de experiências sociais e de influências de discursos éticos, religiosos, etc., assimilados e compartilhados. Manifesta-se através de Representação Jurídica e de Juízos de Valor. 2. Capacidade individual ou coletiva de arbitramento dos valores jurídicos. 3. Conjunto de sentimentos éticos e de ideais aplicados à vida jurídica" (MELO, 2000, p. 22-23).

4 Para Melo (1994, p. 74), crise de legitimidade corresponde "aos processos de ruptura do instituído, pela presença, no campo jurídico, de novos paradigmas, portanto de uma nova perspectiva a partir de um pluralismo normativo colocado como forma transgressora ao monismo estatal".

Se ao estudioso aqui parece difícil imaginar uma hipótese na qual a distância entre o ordenamento jurídico e o sentimento de Justiça seja gritante, relembro, por exemplo, hipótese recente e bastante debatida nos Tribunais nacionais, até nos superiores. Tratava-se da questão envolvendo demandas cujo pedido era declarar a paternidade e que foram julgadas improcedentes, com as respectivas sentenças transitadas em julgado, e depois, com o desenvolvimento do denominado "exame de DNA", constatou-se que os então autores das lides eram mesmo filho dos indicados réus.

Ora, então, qual valor deveria prevalecer? Aquele da Segurança Jurídica, traduzido no instituto da coisa julgada, ou aquele relativo à Justiça, já que comprovado com mais do que razoável certeza de que a filiação era mesmo certa.

Lembro que a situação era muito mais complicada do que, à primeira vista, possa parecer, já que um dos pilares do ordenamento jurídico pátrio é, justamente, o respeito à imutabilidade da coisa julgada, visando, com isso, conferir certeza jurídica ao sistema. Afastar simplesmente uma decisão já coberta pelo manto da coisa julgada seria, assim, colocar em risco todo o ordenamento jurídico, uma vez que teríamos lides sem fim, causadoras de inegável inquietude social.

Mas apesar disso tudo os Tribunais, ainda que com natural e compreensível reticência, dado o caminho delicado que estavam a desbravar, acabaram admitindo a tese da "inconstitucionalidade da coisa julgada", ou "coisa julgada inconstitucional", como dizem outros, para com fundamento na ausência de Justiça da decisão tecnicamente perfeita afastar a regra processual e assegurar um Direito reconhecido pelo mundo dos fatos[5].

Começava aí, no plano da prática, notadamente, pela ação da jurisprudência, a libertação do Direito e da Justiça das correntes que a regra jurídica posta impunha calcada na abstração normativista de Hans Kelsen. Foi, sem dúvida, ainda que tratado de forma discreta e com bastante prudência, como havia mesmo de ser, momento de singular importância na construção de um sistema jurídico – não somente normativo – a bem do desenvolvimento de uma sociedade mais justa em todos os seus aspectos.

5 Nesse sentido, por exemplo, dentre outros, conferir os acórdãos do Superior Tribunal de Justiça nos Recursos Especiais n. 226.436/PR, em que foi relator o Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, e n. 427.117/MS, em que foi relator o Min. Castro Filho. Em sentido contrário, dando prevalência sobre a segurança jurídica, o acórdão no REsp. n.107.248/GO, relator o Min. Carlos Alberto Menezes Direito.

É certo que, mesmo pela característica de ciência humana do Direito, há respeitáveis opiniões em contrário[6]. Mas, *data venia*, considerando toda uma gama de novos conceitos e de situações que exigem resposta à altura do Estado, visando, justamente, restabelecer a paz social, parece pouco razoável a posição conservadora, a fim, tão-somente, de manter íntegro um sistema processual, criado, justamente, vejamos, para atender o Direito material que rege a sociedade. Essa é a única razão da existência do Direito. De que nos adiantaria um Direito sem Sociedade? Qual a utilidade de um ordenamento jurídico que não se presta a resolver as situações que lhe são endereçadas?

Talvez para afastar o ranço do conservadorismo seja necessário e oportuno invocar as palavras de André-Jean Arnaud (apud MELO, 1994, p. 76), quando afirma que "a vida sócio-jurídica do século é constituída pela intersecção das diferentes linhas de fronteiras e o respeito de umas implica necessariamente a violação de outras". É, em última análise, fazer prevalecer o valor Justiça em detrimento do valor Segurança Jurídica.

Ainda nessa linha de pensamento, porque importante aqui a bem da demonstração da propriedade do tema agora trabalhado, dada a necessidade de o estudioso se despir de conceitos pré-formulados – e há muito sedimentados –, peço licença para transcrever integralmente as palavras de Melo (1994, p. 18 -19):

> As hipóteses que nos propusemos examinar pressupõem ainda o entendimento de que estamos vivendo um período de transição, o que significa a ruptura dos paradigmas da modernidade e da passagem para uma fase subseqüente que, à falta do batismo que só deverá ocorrer num futuro impreciso, chamaremos precariamente de pós-modernidade, para usar de expressão genérica já corrente nos meios acadêmicos.
>
> A modernidade, convenciona-se, é o período que nasceu do Iluminismo setecentista e que, após uma história muito rica e tumultuada, passou a desenhar-se num caleidoscópio formado por modelos específicos, cada qual formalizando seus dogmas, suas certezas, suas uniformizações, exaltar a lógica de cada um, mesmo que isto estivesse, muitas vezes, em descompasso com as reais prioridades humanas. A transição a que nos referimos não é apenas mais uma das mudanças setoriais. É a transição global de um sistema cultural complexo, de padrões civilizatórios que se foram caracterizando ao longo do tempo, eles mesmos formados por transições contínuas

6 Veja-se, por exemplo, a posição de Luiz Guilherme Marinoni (2005, p. 664).

> de sistemas particulares, como o político, o social, o econômico, o tecnológico, o jurídico e outros, para uma fase em que novos paradigmas começam a formar-se com o desprestígio de alguns valores e o privilégio de outros.
>
> Ora, toda transição se caracteriza pela presença simultânea de elementos da fase em declínio e de outros que emergem. Da convivência conflituosa entre esses elementos, surgem, a partir de inevitáveis rupturas, as crises. Assim os fundamentos de uma teoria concebida nestes tempos devem estar marcados por conflitos e todo resultado teórico deve levar em conta a necessidade de administrá-los, a partir da consciência de que muitos conceitos do passado têm que ser reformulados para possibilitar a compreensão dos fatos novos.
>
> [...]
>
> A Filosofia do Direito e da Política muito breve não serão mais as mesmas. Pelos indícios que já podem ser observados, parece que elas estão finalmente refletindo prioritariamente sobre o imanente em seus objetivos universais, que é, numa expressão simples, a felicidade humana compartilhada. Isso deve oferecer outros caminhos para novas interações entre as pessoas e destas com a Natureza. "Fazer Filosofia na condição pós-moderna – ensina Warat – implica em renunciar a toda uma tradição de fixar pautas [...] para passar a ocupar-se das coisas que estão em circulação no mundo". Assim, "é na praça o lugar do filósofo", porque ali se dará "o encontro da Filosofia com a cidadania". Tal Filosofia terá que oferecer aberturas para a regulação dos dramas contemporâneos e por isso ela terá que ser "criação permanente de novos conceitos..." para fazer do acontecimento cotidiano um aforismo do pensamento e deste uma nova perspectiva de vida.

De todo modo, feita essa breve incursão sobre a teoria normativista de Hans Kelsen, seus desdobramentos, bem como suas falhas e quais implicações isso tem trazido para a vida do Direito enquanto ciência humana, avancemos agora no que toca à Consciência Jurídica e à Eqüidade[7], já que ambas se constituem em institutos fundamentais quando se pensa em um Direito justo.

7 Eqüidade: "Adequação da norma geral e abstrata à realidade fática, constituindo-se em fundamento de equilíbrio, proporção, correção e moderação na construção da norma concreta. O Positivo Jurídico, comprometido com o *Jus Strictum*, ao reduzir o papel do julgador ao de simples intérprete ou aplicador da norma vigente, deixa pouca margem para a aplicação da Eqüidade nas decisões dos feitos. O mesmo que *Jus Aequum* e Epiquéia" (MELO, 2000, p. 37).

3 "Novos" paradigmas para a atividade jurisdicional: a consciência jurídica e a eqüidade

Como até agora foi possível demonstrar, a teoria de Hans Kelsen, embora merecedora de elogios, sucumbe na Pós-Modernidade, à medida que uma série de novos relacionamentos humanos está surgindo e ficando verdadeiramente à margem das regras jurídicas postas, pois que elas não foram capazes de lhes abarcar, fazendo cair por terra, portanto, o mito da completude do sistema legal baseado na lógica Kelseniana.

Isso ocorre porque, como visto,

> [...] o grau de autonomia que ganham as sociedades contemporâneas e a avançada experiência universal com as práticas democráticas e pluralistas não mais admitem a vigência de um direito positivo que seja impermeável às mudanças culturais e às conquistas sociais, ou seja, ser um direito que reflita apenas o voluntarismo do legislador e do juiz (MELO, 1994, p. 17).

Nada obstante, não é possível à autoridade judiciária, dentro da teoria da tripartição dos poderes, constitucionalmente adotada, em face da lógica da motivação das decisões judiciais, também estabelecida em nível constitucional, simplesmente se afastar da regra imposta e que fora criada conforme os ditames do processo legislativo. Necessita a autoridade judiciária, sob pena de afronta ao próprio sistema democrático, ao atenuar o rigor da regra, e mais ainda quando lhe afasta por completo, estar calcada em fundamentos deveras pertinentes, garantidores de um valor maior que a Segurança Jurídica[8]. E esse valor é, justamente, a Justiça, contra a qual tudo o mais deve se curvar.

E é aí que a Consciência Jurídica e a Eqüidade se apresentam, ambas como ferramentas úteis à autoridade judiciária na busca por soluções que a regra fria e insossa não alcança.

Nesse ponto, aliás, a discussão também não é nova, pois que, como ressalta Osvaldo Ferreira de Melo, o embate entre Justiça e Segurança Jurídica não significa mais do que o já tão debatido dilema entre o *Jus Aequum*[9] e

8 Segurança Jurídica: "1. Estado de garantia legal assegurado ao titular de um direito cujo exercício fica protegido. 2. Fundamento do Estado de Direito. 3. Objetivo imediato da Dogmática Jurídica" (MELO, 2000, p. 87).

9 "É o Direito comprometido com Critérios Objetivos de Justiça e a Eqüidade. Opõe-se ao *Jus Strictum*" (MELO, 2000, p. 56).

o *Jus Strictum*[10], termos que adiante, a propósito, quando for o caso, utilizarei para tratar desse paradoxo, pois que constitui exatamente o objeto maior do presente trabalho.

Necessário, aqui, sublinho, abrir espaço para trazer à colação a definição de consciência jurídica dada pelo empirista Alf Ross (2003, p. 421):

> A consciência jurídica, como o senso moral é uma atitude desinteressada de aprovação ou reprovação frente a uma norma social. Difere do senso moral em que, distintamente deste, não aponta a relação direta entre ser humano e ser humano, mas sim o regramento social, organizado, da vida da comunidade. A consciência jurídica se dirige à ordem social. Decide com base em atitudes em questões do tipo das seguintes: se os criminosos devem ser punidos em relação a sua culpa, se o aborto deve ser permitido, se as mulheres devem ter o mesmo *status* jurídico dos homens, se os trabalhadores devem ter direito de se reunirem em sindicatos, se o casamento pode ser dissolvido pelo divórcio e sob que condições, etc. Em certa medida, a consciência jurídica é determinada pelo próprio ordenamento jurídico existente e, por sua vez, exerce influência sobre este último.

Voltando ao tema, então, no que toca à atividade da autoridade judiciária, tem-se que a Consciência Jurídica exerce papel fundamental na construção de um Direito Justo, à medida que somente quando se decidir conforme o sentimento de Justiça reinante na sociedade é que o magistrado estará atendendo, plenamente, sua função de agente transformador e de responsável pelo restabelecimento da paz social.

Em apertada síntese, pois, pode-se dizer que se decidir a autoridade judiciária de acordo com o sentimento de Justiça que impera naquele momento e local do corpo social para o qual se dirige, e considerando que o Direito nasceu para servir à sociedade e não o contrário, estará o magistrado garantindo, com isso, a aplicação do Direito Justo, ainda que negue vigência a alguma regra positivada.

Nesse caso, nenhuma afronta ao Direito enquanto realização do sentimento de Justiça estará cometendo o magistrado, mesmo porque

> para uma norma ser justa (e a sentença judicial é a norma individual, para o caso concreto), deverá ela corresponder aos legítimos anseios sociais; à verdade dos discursos decorrentes da análise da

10 "É o Direito direcionado exclusivamente para obtenção da Segurança Jurídica, mesmo em detrimento da realização da Justiça. Opõe-se ao *Jus Aequum*" (MELO, 2000, p. 56 - 57).

> realidade; ser comprometida com os princípios da liberdade e da igualdade e ainda ser respaldada pela ética (MELO, 1999, p. 9).

Ou seja, estando a regra positivada em desacordo com a Consciência Jurídica que impera em determinado meio social, e sendo o Direito expressão necessária da Justiça, não há dúvida alguma de que a autoridade judiciária, em se deparando com essa desconexão, deverá optar pela realização do Justo em detrimento do *Jus Strictum*.

E nem se invoque o *Jus Strictum*, sozinho, para proteger os institutos constitucionais do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada, posto que, como alerta Melo (1998, p. 38), esse argumento é deveras simplista, uma vez que o *Jus Strictum* "é moeda de duas faces", merecendo ser analisado com apurada parcimônia, já que, além de visar assegurar aos cidadãos que os direitos que são reconhecidos pela ordem jurídica serão efetivamente realizados, objetiva, ainda, pelas análises mais políticas que jurídicas, manter a paz social como forma de se assegurar a própria manutenção do governo.

Mais: lembremos que não se pode querer impor o Direito Positivo por si mesmo, como um fim único. Ele nasceu unicamente para servir à Sociedade. Não se pode, então, querer levantar a bandeira do *Jus Strictum* sem atenção ao mundo dos vivos, uma vez que, como bem destaca Melo (1999, p. 9-10),

> o objetivo de atender à segurança jurídica não poderá ser perseguido como algo bastante em si mesmo. Por mais importante que seja assegurar a ordem social e o Estado de Direito, não é possível aprisionar o Direito na forma e na abstração da norma, esta concedida *erga omnes* (relativamente a pessoas e casos) e muitas vezes para amparar tão-somente interesses dos governantes e não os dos cidadãos.

Desse modo, contemporaneamente, insista-se, é ponto indiscutível que a Segurança Jurídica, em hipóteses em que demonstrado que a Justiça não é atendida, deve ceder em favor desta, a fim de que a Consciência Jurídica não seja agredida, pois que, em última análise, se esta for ferida de nada adiantará o esforço do magistrado para recompor a paz social.

Nessa seara, oportuna novamente a colocação de Ross (2003, p. 424):

> A consciência jurídica predominante na comunidade só pode ser levada em consideração como um fator espiritual de que depende a viabilidade prática de uma reforma jurídica.

> São essencialmente aplicáveis a essa questão os comentários feitos no capítulo sobre as possibilidades da política jurídica. O legislador não pode moldar a evolução arbitrariamente; suas possibilidades estão limitadas (entre outras coisas) pela consciência jurídica predominante na comunidade. Essa restrição aos esforços dos legisladores na direção da conduta dos seres humanos deve ser levada em conta por este em seu cálculo jurídico-sociológico do efeito factual de um projeto de lei. Tal é o cerne da doutrina da escola histórica.
>
> A consciência jurídica, segundo essa idéia, é considerada como uma circunstância factual e não como um motivo, isto é, figura entre as crenças operativas que descrevem fatos e correlações sociológico-jurídicos e não entre as premissas de atitude motivadora. Em consonância com isto, não se leva em conta a consciência jurídica em si mesma, mas sim seus efeitos, quer dizer, a conduta que ela presumivelmente condiciona.
>
> Ainda quando uma consciência jurídica popular existente não tenha, talvez, força suficiente para frustrar uma medida legislativa proposta, pode fundar um argumento contra o projeto, pois não se deve esquecer que uma lei adotada que seja contrária à consciência jurídica popular provavelmente causará má vontade, insatisfação e atrito e isto pode ter um efeito indesejável sobre o acatamento geral à lei.

Note-se que todo o tempo os conceitos de Consciência Jurídica e Justiça como expressão do Direito andam juntos, em uma caminhada inseparável mesmo, pois que impossível querer realizar esta sem atender aquela, sobretudo porque ante a ausência de critérios objetivos não há um conceito rígido de Justiça, razão por que o que guia e delimita esse sentimento é a Consciência Jurídica.

E o que acontece, como visto acima, é que a Consciência Jurídica é formada pela Sociedade, nem sempre estando ligada ao Direito Positivo. Ou seja, não há como querer se alcançar Justiça com base apenas neste. Na verdade, na Pós-Modernidade, o Direito Positivo nem sequer é fundamental para tanto.

Veja-se, nesse norte, a lição de Dias (2000, p. 5):

> A Justiça é compreendida por Calera como uma produção cultural da sociedade. Por isso, a Justiça, como valor que referenda o Direito, que o legitima socialmente, apresenta significados que se transformam no tempo e espaço. A compreensão e o sentido da Justiça, desse modo, revelam-se como relativos, pois, nas distintas sociedades e em diferentes momentos históricos, expressam-se

> necessidades, interesses, sentimentos e valores também diferenciados. É de fundamental importância que o ato de criação e de avaliação do Direito instituído considere essas necessidades, valores e interesses da sociedade.

Concluindo, a Justiça como valor ou, então, o sentimento de Justiça, pode ser definido justamente como aquele que atende à Consciência Jurídica, dando a cada um dos indivíduos o que é seu. Como definiu o saudoso Miguel Reale (1998, p. 311), a Justiça deve ser entendida "como realização do bem comum segundo a proporção exigida pelos valores da pessoa e pela conservação e o desenvolvimento da cultura [...]".

E assim também está disposta a Justiça para Osvaldo Ferreira de Melo (1994, p. 108), pois afirma o professor que esta deve ser entendida como "valor que a consciência jurídica da sociedade atribui à norma posta ou à norma proposta pois, afinal, todo valor designa o grau de aptidão de um objeto para satisfazer necessidades".

Tanto é assim, que quando Melo (1994, p. 108-109) formula quatro concepções que melhor destrincham o conceito de Justiça, ele deixa claro que só é possível se falar em

> Justiça como resultado da relação entre as legítimas aspirações da sociedade e a resposta a isso que lhes dá a norma jurídica: se faltar adequação nessa relação, o sentimento resultante da sociedade será de que a norma é injusta, [a exemplo do que ocorre com a] norma cujo sentido não corresponda à verdade cientificamente demonstrada e aceita e recepcionada pela sociedade, (pois desse modo) será tida como norma injusta.

E é na seqüência dessa incessante luta pela realização do Direito como expressão da Justiça que ganha importância o instituto da Eqüidade, uma vez que já conceitualmente funciona como ferramenta para ajustar a lei fria ao mundo dos fatos vivos, o mundo no qual se desenvolve a sociedade.

Cabe, portanto, à autoridade judiciária, a fim de garantir um Direito Justo, captar os valores que se desenvolvem no seio da sociedade e que são expressão da Consciência Jurídica e os cotejar com o Direito positivo, chegando a um produto que atenda ao valor Justiça, fazendo uso, se necessário, justamente da correção fornecida pela proporcionalidade da Epiquéia, pois que, como já destacado por Carlos Maximiliano (1988, p. 172),

> [...] fora da eqüidade há somente o rigor de Direito, o Direito duro, excessivo, maldoso, a fórmula estreitíssima, a mais alta cruz. A

> eqüidade é o Direito benigno, moderado, a justiça natural, a razão humana (isto é, inclinada à benevolência).

Essa faceta da Epiquéia, insisto, exsurge do seu próprio conceito, colocado que está à disposição para fornecer Justiça. Veja-se o significado de Aurélio Buarque de Holanda (1975, p. 544) para Eqüidade (o *Jus Aequum*):

> eqüidade. [Do lat. *aequitate*] S. f. 1. Disposição de reconhecer igualmente o direito de cada um. 2. Conjunto de princípios imutáveis de justiça que induzem o juiz a um critério de moderação e de igualdade, ainda que em detrimento do direito objetivo. 3. Sentimento de justiça avesso a um critério de julgamento ou tratamento rigoroso e estritamente legal. 4. Igualdade, retidão, equanimidade.

Também no dizer de Carlos Maximiliano (1988, p. 172), "Desempenha a Equidade o duplo papel de suprir as lacunas dos repositórios de normas, e auxiliar a obter o sentido e alcance das disposições legais. Serve, portanto, à Hermenêutica e à Aplicação do Direito".

E no mesmo sentido está a lição de Aristóteles em "Ética a Nicômaco" (p. 212-213), quando o filósofo afirma que

> [...] o eqüitativo, embora seja melhor que uma simples espécie de justiça, é em si mesmo justo, e não é por ser especificamente diferente da justiça que ele é melhor do que o justo. A justiça e a eqüidade são portanto a mesma coisa, embora a eqüidade seja melhor. O que cria o problema é o fato de o eqüitativo ser justo, mas não o justo segundo a lei, e sim um corretivo da justiça legal. A razão é que toda lei é de ordem geral, mas não é possível fazer uma afirmação universal que seja correta em relação a certos casos particulares. Nestes casos, então, em que é necessário estabelecer regras gerais, mas não é possível fazê-lo completamente, a lei leva em consideração a maioria dos casos, embora não ignore a possibilidade de falha decorrente desta circunstância. E nem por isto a lei é menos correta, pois a falha não é da lei nem do legislador, e sim da natureza do caso particular, pois a natureza da conduta é essencialmente irregular. Quando a lei estabelece uma regra geral, e aparece em sua aplicação um caso não previsto por esta regra, então é correto, onde o legislador é omisso e falhou por excesso de simplificação, suprir a omissão, dizendo o que o próprio legislador diria se estivesse presente, e o que teria incluído em sua lei se houvesse previsto o caso em questão. Por isso o eqüitativo é justo, e melhor que uma simples espécie de justiça, embora não seja melhor que a justiça irrestrita (mas é melhor que o erro oriundo da natureza irrestrita de seus ditames). Então o eqüitativo é, por sua natureza, uma correção da lei onde esta é omissa devido à sua generalidade. De fato, a lei não prevê todas as situações porque é

> impossível estabelecer uma lei a propósito de algumas delas, de tal forma que às vezes se torna necessário recorrer a um decreto. Com efeito, quando uma situação é indefinida a regra também tem de ser indefinida, como acontece com a régua de chumbo usada pelos construtores em Lesbos; a régua se adapta à forma da pedra e não é rígida, e o decreto se adapta aos fatos de maneira idêntica.

Destarte, como já bastante debatido, o que ocorre é que o Direito, criado pelo Poder Legiferante, não pode atender todas as situações criadas no seio da sociedade e, igualmente, não consegue acompanhar a evolução também dos valores reinantes nela. Então, para fazer frente a essa desconexão entre ordenamento jurídico e a realidade social, entra em campo também a Eqüidade, visando justamente ajustar as regras positivadas segundo a Consciência Jurídica vigente. É que, como destaca Aristóteles (1996, p. 172), atua a Eqüidade em "mitigação da lei escrita por circunstâncias que ocorrem em relação às pessoas, às coisas, ao lugar ou aos tempos", ou, ainda, como diz o jurista holandês Hugo Grócio, como "uma virtude corretiva do silêncio da lei por causa da generalidade das suas palavras"(ARISTÓTELES, 1996, p. 172).

E tudo isso se dá, da mesma forma, pelo agora já conhecido descompasso entre o Direito Positivo e a Justiça, conceitos que ao leitor menos atento até então pareciam sinônimos perfeitos. Válidas novamente, aliás, nesse particular, as palavras de Dias (2000, p. 234):

> O Direito para ser efetivamente justo, democrático, ético, supõe uma atitude de presença, de atenção, de cuidado com a vida (da natureza, do homem e da sociedade). Necessita compreender os desafios próprios da vida cotidiana, perscrutando o imaginário social para aí identificar as carências, sonhos, utopias, desejos, esperanças e desesperanças que portam as pessoas, as comunidades e a sociedade como um todo.

De todo modo, o que se pode perceber quando expostos os novos paradigmas da Pós-Modernidade na construção de um Direito Justo, quais sejam, a Consciência Jurídica e a Eqüidade, é que ambas são imprescindíveis à realização da Justiça. Verdadeiramente, o que isso implica, em termos práticos,

> [é] que deve haver contínua preocupação com o fundamento da norma, pois esta deve ser justificada, sempre. Significa também que é muito importante para caracterizar a validade material da norma, o conhecimento das fontes não convencionais do Direito, tais como os movimentos sociais e suas conseqüentes representações jurídicas

> que devem ser captadas pela sensibilidade do legislador e do juiz (MELO, 1994, p. 49).

Enfim, é possível extrair de todo esse contexto que, realmente, não há mais lugar na sociedade contemporânea para o outrora festejado Normativismo Jurídico absoluto porque, ao contrário do que queria Kelsen, ficou demonstrado ser equivocada a concepção positivista baseada na perenidade dos Códigos e na fantasia da completude do sistema dogmático, uma vez que a Sociedade é organismo vivo e a Justiça representação da sua Consciência Jurídica, variável, pois, no espaço e no tempo.

E, em sendo assim, à autoridade judiciária comprometida não somente com a regularidade dos textos legais, com a imposição de regras, mas disposta realmente a realizar o Direito Justo, cabe atentar às diretrizes que a Pós-Modernidade vem expondo para, com isso, decidir segundo os anseios da Sociedade, conforme os fenômenos que se passam ali, no cotidiano, no nosso lado mesmo, e que sustentam a razão de ser um sistema jurídico enquanto ferramenta para desenvolvimento humano, circunstâncias essas que em razão do conhecimento científico fechado e suficiente em si próprio da teoria Kelseniana não nos permitíamos absorver.

Pertinente, aqui, a observação de Michel Maffesoli (1998, p. 162):

> Convém, portanto, restituir às diversas expressões desse senso comum seus foros de nobreza, e assumi-las intelectualmente. É isso o interesse de uma razão sensível que, sem negar fidelidade às exigências de rigor próprias ao espírito, não esquece que deve ficar enraizada naquilo que lhe serve de substrato, e que lhe dá, afinal de contas, toda a sua legitimidade. Sem pretender fazer paradoxo a qualquer preço, tal sensibilidade é bem expressa naquilo que pode ser denominado um empirismo especulativo que se mantenha o mais próximo possível da concretude dos fenômenos sociais, tomando-os pelo que são em si próprios, sem pretender fazer com que entrem num molde preestabelecido, ou providenciar para que correspondam a um sistema teórico construído.

É certo que mudanças sempre são causas de inquietações e geradoras de sentimentos de receio para com o até então desconhecido. Mas cabe à autoridade judiciária, chefe-de-obras da construção de uma Sociedade melhor, romper essas barreiras e encaminhar o Direito à fase que segue o racionalismo gelado da Modernidade. Esse verdadeiro corte epistemológico que os novos tempos impõem é bem retratado novamente, a propósito, pelo já citado sociólogo francês:

> É cômodo, e cada vez mais freqüente, entrincheirar-se por trás de uma técnica ou método que são tanto mais rigorosos quanto sejam, *stricto sensu*, totalmente desencarnados. Tenhamos em mente aquele apólogo sobre o filósofo que tem as mãos muito puras, principalmente porque não possui mãos. Da mesma forma, é cômodo aplicar, mecanicamente, teorias, uma vez que se tenha decretado o que deve ser a sociedade, ou aquilo que é bom para os indivíduos. Tanto mais que, no quadro abstrato desses processos abstratos, a realidade é, em geral, reduzida a esse ou aquele de seus elementos, seja o econômico, o cultural, o religioso ou o político. Tal recorte, que foi, certamente, dos mais proveitosos por ocasião da modernidade, e que produziu os efeitos que conhecemos, não tem mais muito sentido a partir do momento em que se atenta para a complexidade do mundo natural e social (MAFFESOLI, 1998, p. 167).

Em arremate de pensamento, o que é necessário deixar registrado é que a Pós-Modernidade já é fenômeno corrente. E tal como em outras épocas, ela impõe uma verdadeira quebra de conceitos até então tidos como "verdades", mas que, agora, já estão mais do que relativizados. Assim, embora aqui tenha optado por tratar da Consciência Jurídica e da Eqüidade como "novos paradigmas para a atividade jurisdicional contemporânea", é certo que ambas não constituem mais do que uma pequena face desse novo momento da história que está por vir. Um novo momento no qual os ditos direitos de solidariedade, sobretudo, deverão sair das Cartas Constitucionais como meras regras programáticas e passar, efetivamente, a regular o meio social em função do qual a própria Ciência Jurídica existe. É um novo tempo no qual os homens haverão de refletir e chegar à conclusão de que o amor e o respeito do homem pelo homem, notadamente, reflete toda a existência humana. E à autoridade judiciária, portanto, cabe atenção a esses novos conceitos e paradigmas que se formam após o racionalismo gelado da Modernidade, sob pena de "deixar a caravana passar" e ficar assistindo tudo do lado de fora, posição que destoa, em absoluto, da figura do juiz como agente principal da construção de uma Sociedade melhor.

A propósito, já nos idos de 1950 essa era a lição de Carlos Maximiliano, quando o doutrinador tratava das "Amplas Atribuições do Juiz Moderno". Veja-se:

> A praxe, o ensino e a ciência não se limitam a procurar o sentido de uma regra e a aplicá-la ao fato provado; mas também, e principalmente, se esmeram em ampliar o pensamento contido em a norma legal à medida das necessidades da vida prática. Além do significado de uma frase jurídica, inquirem também do alcance da mesma.
>
> [...]

> Não pode um povo imobilizar-se dentro de uma fórmula hierática por ele próprio promulgada; ela indicará de modo geral o caminho, a senda, a diretriz; valerá como um guia, jamais como um laço que prenda, um grilhão que encadeie. Dilata-se a regra severa, com imprimir elasticidade relativa por meio de interpretação.
>
> Os juízes oriundos do povo devem ficar ao lado dele, e ter inteligência e coração atentos aos seus interesses e necessidades. A atividade dos pretórios não é meramente intelectual e abstrata; deve ter um cunho prático e humano; revelar a existência de bons sentimentos, tato, conhecimento exato das realidades duras da vida (MAXIMILIANO, 1988, p. 60).

E com a autoridade de sempre, esse é, igualmente, o ensinamento de Osvaldo Ferreira de Melo, que apenas em um parágrafo resume a atuação da autoridade judiciária diante dos novos paradigmas da Pós-Modernidade, e com cuja transcrição encerro este trabalho, esperando ter contribuído, ainda que de forma diminuta, certamente, ou ao menos despertado a semente da desconfiança, para os atributos que hão de ser absorvidos pelos condutores da atividade jurisdicional nesse novo tempo:

> O Juiz exercerá um papel político-jurídico quando, sem pôr em risco o Estado de Direito, corrigir os excessos de abstração da norma, adaptando seu preceito à realidade dos fatos, para criar a norma concreta. E um instrumento que estará à disposição daquele que é julgador do conflito e aplicador do Direito será a Epiquéia (Equidade), na formulação oriunda do excelso pensamento helênico tão bem representado por Aristóteles, quando a definiu como fundamento de equilíbrio, de proporção, de correção e de moderação (MELO, 1999, p. 10).

4 Considerações finais

A insuficiência da teoria Kelseniana salta aos olhos porque, como visto, constituiu equívoco de Hans Kelsen a crença na completude dos sistemas dogmáticos e na perenidade dos Códigos.

Essa anemia causadora de vazios de legalidade e de crises de legitimidade fica evidente, sobretudo, na nascente Pós-Modernidade, considerando principalmente o fato de que, agora, a velocidade e a diversidade das relações sociais desenvolvidas no mundo globalizado é marco dantes nunca visto na história humana.

Verdadeiro embate nasce então à atividade jurisdicional que fica frente a frente com o seguinte dilema: em não podendo se abster de julgar, haverá de prevalecer o que está escrito nos pergaminhos legais, as regras jurídicas, ou, então, atentar-se-á o julgador para o sentimento de Justiça que, já à primeira vista, é imanente à expressão Direito?

Optará a autoridade judiciária, então, como ressalva Osvaldo Ferreira de Melo, pelo *Jus Aequum* ou pelo *Jus Strictum*?

Pois bem. Diante da preponderância do valor Justiça, fundamento único da existência do próprio sistema jurídico, certo é que o *Jus Strictum* não pode ser relegado totalmente a bem, exclusivamente, da realização de direitos. Contudo, não se pode, igualmente, em todas as oportunidades que se apresentem, impor o Direito Positivo como se fosse um fim em si mesmo, querendo que os Códigos frios e abstratos resolvam todas as questões que lhe são postas, justamente quando visto que eles não compreendem essas relações factuais porque o normativismo não permitiu fossem atingidos pelo sopro das evoluções sociais.

Assim, ante a insuficiência normativa que até então conduzia, sozinha, a atividade jurisdicional, o que se revela na Pós-Modernidade é a necessidade de a autoridade judiciária demonstrar sensibilidade para captar os fenômenos sociais que se passam à sua volta e, assim, julgar os casos que lhe são postos com a aplicação do direito de forma humana, ética, pautado pelos valores da sociedade em tela, visando com isso atender à Consciência Jurídica.

Se não for assim, a tarefa precípua do magistrado em tentar recompor a paz social e fazer Justiça se transformará em verdadeiro "trabalho de Sísifo"[11].

E nem se diga que com esse proceder haverá julgamento *contra legem*, uma vez que o *Jus Aequum* em nada agride o ordenamento jurídico, à medida que constitui apenas expressão da Justiça de uma Sociedade e apenas reza que o Direito Positivo tem de ser aplicado juntamente com os fatores nascidos no meio social e que se passam ao lado dos Códigos, devendo esse sentimento do Justo enquanto produto social balizar, portanto, a aplicação dos Pergaminhos Legais.

11 Na Mitologia Grega, Sísifo era rei de Corinto, na antiga Grécia, tendo governado com extremo despotismo e ganância. Quando desceu para o Reino das Sombras (o Inferno na cultura Cristã), foi condenado por Zeus, deus supremo, a empurrar uma enorme pedra até o cume de uma montanha. Lá chegando, a rocha sempre despencava até a base da montanha e Sísifo deveria levá-la novamente para o alto, num esforço que nunca teria fim.

Pensar diferente é querer crer, repita-se, que a Sociedade nasceu para servir o Direito e não o contrário. Ou seja, é se manifestar pelo julgamento formal em detrimento do julgamento material. É colocar o valor Justiça em um plano secundário, lugar que, nem de longe, pode estar.

E nessa trama da vida humana é que a Eqüidade exsurge como ferramenta a somar na realização de um Direito Justo. E assim se apresenta porque traduz a idéia de proporção, de razoável, corrigindo distorções da norma legal, fria, criada na solidão do Parlamento, longe do pulsar da Sociedade.

Cabe registrar, ainda, que, como demonstrado, esses novos paradigmas não impõem tão-somente uma tarefa interpretativa calcada na hermenêutica jurídica. Como adverte Osvaldo Ferreira de Melo (1994, p. 105), isso é um começo, foi uma saída encontrada pelo julgador para fazer frente à constatada insuficiência do normativismo, como se pode ver até mesmo na vida prática dos Tribunais. Mas agora é preciso ir mais longe. É preciso se despir de conceitos há muito estabelecidos e que não mais refletem os anseios de uma sociedade que adentra à Pós-Modernidade. É imprescindível adotar novos paradigmas para enfrentar novos tempos. Cada arma para sua época, diria o guerreiro.

É, enfim, um novo pensar acerca do Direito. É a compreensão de que o Direito deve ser Justo, efetivamente, e preocupado com a vida. Um Direito atento às transformações sociais que nascem, crescem e morrem no seio da sociedade. Um Direito, enfim, preocupado, igualmente, em realizar sua função social de restabelecer a paz social a bem do crescimento humano do homem enquanto pessoa humana e não, unicamente, em encerrar um julgamento com base em solução que não atenda ao valor Justiça vigente na Consciência Jurídica reinante.

Mais uma vez, nesse particular, como observação final do presente trabalho, pertinente trazer as palavras do sociólogo francês Michel Maffesoli como um verdadeiro alento às dificuldades dos novos tempos, já que esse estudioso é um dos mais atentos aos novos rumos que a Pós-Modernidade trará à Sociedade. Vejam-se:

> É para dar conta disso que o intelectual deve saber encontrar um *modus operandi* que permita passar do domínio da abstração ao da imaginação e do sentimento ou, melhor ainda, de aliar o inteligível ao sensível. Retornando uma temática já longamente desenvolvida por mim, saber unir o "formismo", estabelecimento de grandes quadros de análise, e a descrição empática das situações concretas dadas. Assim fazendo, à imagem do poeta, ele se torna capaz de evocar aquelas idéias mobilizadoras, aqueles "mitos encarnados" em ação

> na estruturação social. Haveremos, então, de encontrar aquela "fruição pensante", ou, ainda, o que Goethe, no Fausto, denomina "fruição acompanhada de consciência" (*Genuss mit Bewusstsein*) própria a exprimir a fruição da vida em suas diversas modulações. Essa função cognitiva ligada ao prazer estético é, certamente, superior à abstração do saber conceptual que, em última análise, é coisa recente, e cuja modernidade constituiu o fundamento de todo conhecimento. Sabendo integrar, de um ponto de vista epistemológico, a experiência sensível contemporânea que é a marca da vida cotidiana, a progressão intelectual poderá, assim, reencontrar a interação da sensibilidade e da espiritualidade, própria, por exemplo, ao barroco, e assim alcançar, através da aparência, a profundidade das maneiras de ser e dos modos de vida pós-modernos que, de múltiplas maneiras, põem em jogo estados emocionais e "apetites" passionais que repousam, largamente, sobre a iluminação pelos sentidos (MAFFESOLI, 1998, p. 196-197).

5 Referências

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Nova Cultural, 1996. v. 3. (Coleção Os Pensadores).

DIAS, Maria da Graça dos Santos. *A Justiça e o imaginário social*. Tese apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina como requisito à obtenção do título de doutora em Direito, Florianópolis, 2000.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário Aurélio da língua portuguesa*. 1. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1975.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Manual do processo de conhecimento*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

MAFFESOLI, Michel. *Elogio da razão sensível*. Tradução Albert Christophe M. S. Petrópolis: Vozes, 1998.

MELO, Osvaldo Ferreira de. *Fundamentos da política jurídica*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1994.

_____. *Jus Strictum* x *Jus Aequum*: um dilema a ser resolvido. Itajaí: Novos Estudos Jurídicos, ano V, n. 9, 1999.

_____. *Temas atuais de política do direito*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998.

_____. *Dicionário de política jurídica*. Florianópolis: OAB/SC, 2000.

REALE, Miguel. *Fundamentos do direito*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

ROSS, Alf. *Direito e justiça*. Tradução Edson Bini. Baurú: EDIPRO, 2003.

ATOS DE FALÊNCIA NA LEI N. 11.101/05

Renato Lisboa Altemani*

Sumário

1 Introdução. 2 Ética, eficiência de mercado e atos de falência. 3 Atos de falência. 4 Conclusão. 5 Bibliografia.

1 Introdução

Ao lado da falência motivada pelo inadimplemento, a Lei de Falências cuida de um conjunto de comportamentos do empresário que pode ensejar a sua quebra. O inciso III do art. 94 da Lei n. 11.101/05 estabelece uma série de regras de comportamento que exigem do empresariado uma postura ética e responsável no comando dos seus negócios.

O objetivo do presente estudo é o de contribuir para a compreensão dos atos de falência, na disciplina dada à matéria pela Lei de Falência e Recuperação.

2 Ética, eficiência de mercado e atos de falência

É comum encontrar-se entre alunos de Direito, e mesmo entre professores, a teoria de que a falência decorre da insolvência do devedor. Alguns doutrinadores do Direito Comercial, corrigindo esse entendimento, afirmam que a falência não se relaciona com a insolvência do devedor, mas, sim,

* Bacharel e mestrando em Direito pela UFSC, Secretário Jurídico da Presidência do Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

com a situação de iliqüidez. Tais teorias, a da insolvência e a da iliqüidez, não representam a melhor compreensão do instituto da falência, que não pode ser visto como um perfeito paralelo do direito concursal regido pelo Código de Processo Civil (execução contra devedor insolvente). O processo falimentar tem particularidades que lhe foram atribuídas pela lei para atender a interesses sociais e econômicos. Uma dessas peculiaridades é a de que, em determinadas hipóteses, é possível que se dê a decretação da falência mesmo que o devedor esteja em estado de solvência e liqüidez. A primeira hipótese é a de descumprimento do plano de recuperação judicial, conforme disposto no art. 61, § 1º, da Lei n. 11.101/05. As demais hipóteses, e essas serão abordadas neste artigo, estão previstas no inciso III do art. 94 da Lei de Falência e Recuperação (LFR). Em diversas das situações arroladas no inciso, é indiferente que o devedor tenha ativos que superem as suas dívidas, e a falência pode ser decorrente ou de uma conduta negligente ou de uma conduta dolosa contra os credores, conforme as hipóteses taxativamente enumeradas pelo texto legal.

Nesse contexto, a abordagem que parece melhor se amoldar ao texto legal é a de que a Lei n. 11.101/05 busca proteger a regularidade da fluência do crédito no mercado minorando a incidência do inadimplemento e coibindo práticas antiéticas ou condutas negligentes. A lei, dessa forma, protege também a própria empresa conduzida pelo devedor que, por meio do processo falimentar, poderá ser assumida por um outro (ou um conjunto de outros) agente do mercado que a conduza com honestidade, responsabilidade e inteligência. Compreendendo-se a novel legislação dessa forma, tem-se que os seus efeitos estendem-se para além do interesse individual de devedor e credores, pois atuam sobre todo o funcionamento do mercado. Seguindo-se esse entendimento, pode-se compreender a disciplina dos atos de falência na Lei de Falência e Recuperação, que não se centra na situação financeira do empresário mas na sua conduta como agente do mercado. Assim é que o só fato de o empresário incorrer numa das condutas especificadas pelo texto legal como atos de falência pode ensejar a decretação da sua falência, mesmo que a sociedade empresária goze de liqüidez e solvabilidade. Isso porque o ato de falência é um indicativo de que, ou por má-fé ou por negligência, o devedor tende a lograr os seus credores, o que, em curto ou médio prazo, resultará em dano ao mercado (sendo prejudicados os seus parceiros comerciais, os seus empregados e os consumidores). Nessa ótica, pode-se afirmar que o inciso III do art. 94 da LFR não se relaciona estritamente com a situação financeira do devedor mas com a responsabilidade e a ética na condução da empresa.

Nesse contexto, quando se examinar um pedido de falência amparado no referido inciso III, não se deve indagar sobre a liqüidez ou a solvabilidade do devedor mas, sim, decidir sobre a existência de prova de uma conduta do devedor que se caracterize como ato de falência.

Compreender a abrangência do inciso exige detido exame do significado de cada uma das alíneas do inciso III do art. 94. É importante observar, por exemplo, que apenas algumas das hipóteses legais de caracterização do ato de falência pressupõem o elemento volitivo (intenção de lesar os credores). Nas demais, o ato de falência corresponde a uma conduta irresponsável, incompatível com os deveres do empresário, mas não pressupõe a intenção de lograr os seus credores. Essa, aliás, era já uma característica dos atos de falência na vigência do Decreto-Lei n. 7.661/45: a caracterização do ato de falência não se vinculava, necessariamente, à intenção de lograr os credores[1].

É evidente que a adequada aplicação do dispositivo exige mais do que a simples exegese do texto normativo, e cumpre ao magistrado buscar compreender a situação do empresário devedor e avaliar se, de fato, houve negligência ou má-fé no seu comportamento. O texto normativo, afinal, não tem o escopo de prejudicar uma empresa bem conduzida ou de punir o bom empresário. Assim, é preciso atenção às circunstâncias do caso concreto. Um automóvel pode ter sido vendido pela metade do preço do mercado se tiver sido muito danificado num acidente. Uma pequena empresa, regida por uma sociedade familiar, pode temporariamente fechar as portas no caso de falecimento de um de seus sócios. Assim, deve-se considerar, dentro das realidades da comunidade local, e da realidade do empresário devedor, se o ato, que se imputa de falência, não é de fato um ato de boa-fé que está sendo mal interpretado pelo credor. As normas jurídicas, afinal, destinam-se a beneficiar aquele que se comporta de forma honrada, responsável, honesta. É esse um princípio que deve permear a interpretação de toda e qualquer situação que envolva a falência ou a recuperação. Ou melhor, é um princípio geral do Direito, ao qual o instituto da falência não faz exceção.

1 " Muitas vezes o fim visado pelo devedor é perfeitamente honesto, mas os meios são condenados, *v.g.*, quando ele 'lança mão de meios ruinosos para realizar pagamentos'. É que o elemento objetivo da fraude, *eventus damni*, sobrepuja o elemento subjetivo, *consilium fraudis*, afasta-o em certos casos, que entram na categoria dos atos culposos, por terem concorrido para piorar a situação dos credores, causando-lhes maior prejuízo" (VALVERDE, 1999, p. 65).

3 Atos de falência

O primeiro e talvez o mais importante ato de falência é o previsto pela alínea *a* do inciso III do art. 94 da Lei n. 11.101/05, que, reproduzindo comando contido no art. 2º, II, do Decreto-Lei n. 7.661/45, refere-se ao empresário que "procede à liquidação precipitada de seus ativos ou lança mão de meio ruinoso ou fraudulento para realizar pagamentos". O dispositivo abarca, pois, três hipóteses:

a) liquidação precipitada de ativos;

b) meio ruinoso de pagamento;

c) meio fraudulento para realizar pagamentos.

Para se compreender a primeira dessas hipóteses, vale observar, inicialmente, que "ação precipitada" é a feita apressada e irrefletidamente. Assim, o preceito, ao mencionar a liquidação "precipitada", refere-se àquela que, do ponto de vista econômico, afigura-se como um mau negócio, que somente se poderia justificar como algo impensado, ou então feito para, premeditadamente, reduzir o patrimônio da empresa.

É possível haver liquidação precipitada de ativos sem que se tenha conduzido de má-fé o devedor. O elemento volitivo, embora possa ser discutido na demanda, não é essencial para a caracterização do ato em questão. A "liquidação precipitada de ativos" pode ser verificada a partir da mera análise objetiva do comportamento do devedor, que coloca em risco a possibilidade de pagamento de suas dívidas ao promover a deterioração de seu próprio patrimônio.

Em poucas palavras, pode-se dizer, informalmente, que a liquidação precipitada de ativos é a liquidação que ou não faz sentido, ou faz sentido mas atende a interesses escusos, reduzindo substancialmente o patrimônio da empresa.

O magistrado deverá ter muita atenção às peculiaridades de caso concreto, pois o devedor poderá ter justificativa razoável para uma venda que, embora feita com alguma pressa, talvez por urgência de caixa, não possa ser tachada de "liquidação precipitada".

Na segunda das hipóteses previstas pela alínea a, é igualmente desnecessária a prova de má-fé do devedor. Basta a demonstração de que o réu, apesar de ter pago suas dívidas, fê-lo utilizando-se de meios que com-

prometem a continuidade da empresa ou o pagamento de outros créditos. Assim, por exemplo, a dação em pagamento de bens essenciais à atividade empresarial.

A terceira hipótese (meio fraudulento para realizar pagamentos), por outro lado, pressupõe o elemento volitivo: o meio fraudulento pressupõe a intenção do prejudicar o credor. Observe-se que a alínea *a* trata de meio fraudulento "ou" ruinoso. Provada a fraude, portanto, é desnecessária a comprovação de que o meio seria ruinoso (segunda hipótese), bastando que se demonstre a má-fé do devedor. Imagine-se, por exemplo, que um credor aceitasse, como dação em pagamento, um trator de propriedade do devedor e que, no momento de coletar o bem, descobrisse que o mesmo trator está sendo reclamado por três outros credores que, igualmente, aceitaram receber a máquina em pagamento. Em tal hipótese, o credor poderia ajuizar o pedido de falência com fulcro no art. 94, III, *a*, da Lei n. 11.101/05.

Como se pode perceber, todas as hipóteses da alínea *a* relacionam-se com a proteção dos credores contra o risco de esvaziamento do patrimônio do devedor. De fato, compreender a idéia de risco ao crédito é fundamental para que se entenda o escopo e o alcance da LFR ao disciplinar os atos de falência. É o comportamento irrefletido, irresponsável, que leva à conclusão de que o devedor tende a desfazer-se de seus bens, o que inviabiliza, de um lado, a continuidade da empresa e, de outro, o pagamento aos credores.

Para que se possa falar em risco ao crédito, é necessário que se tenha a liquidação de parte significativa do patrimônio. A venda de bens cujo valor seja irrelevante, ou a simples liquidação de fim de estoque, que sejam comuns no segmento empresarial, não justificam o pedido de falência[2]. Assim, para a configuração da "liquidação precipitada de ativos", deve-se demonstrar que o devedor se desfez, de maneira precipitada, ou suspeita, de parte *relevante* de seus bens.

Considerando-se o escopo da norma, parece razoável concluir que a sua interpretação deve alcançar todas as situações em que o devedor pro-

2 Sobre o tema, é oportuno o registro da doutrina de Valverde (1999, p. 67): "Tomado o termo liquidação em seu sentido estritamente legal, pressupõe o preceito que o comerciante, pessoa física ou jurídica, tendo resolvido extinguir o seu negócio ou o estabelecimento comercial, apressa a venda do seu ativo, isto é, dos bens que o compõem, sem curar dos interesses dos credores. São as vendas de mercadorias com grandes abatimentos ou por preços inferiores ao do custo, sem que nada justifique a execução desses atos. No fundo, vê a lei a malícia do comerciante, que pretende apurar o ativo e não pagar o passivo. Não são dessa natureza as liquidações periódicas que os comerciantes varejistas costumam fazer, com o objetivo, sem dúvida, de 'queimar os alcaides', vale dizer, os artigos ou produtos que caíram de moda, não estão perfeitos, ou não agradaram à freguesia".

voca a redução substancial de seu patrimônio. Assim, deve-se compreender que qualquer meio ruinoso ou fraudulento de extinguir uma obrigação, não apenas o *pagamento*, pode ensejar o decreto de falência. Por meio de novação, por exemplo, o devedor pode tomar decisões igualmente ruinosas para o patrimônio da empresa, com a agravante de oferecer bens em garantia. Assim, se, em vez de pagar a dívida, o credor renegocia, com elevadíssima taxa de juros, ou com valor desproporcional à obrigação originária, e ainda com o oferecimento de garantia real, o resultado pode ser a impossibilidade de pagamento de créditos de terceiros. Um tal caso parece amoldar-se com perfeição à hipótese prevista pela alínea a do art. 94, III, da LFR. Não se vislumbra bom argumento para que se sustente que a novação ruinosa não possa ser, igualmente, fundamento para o pedido de falência. Nesse sentido posicionam-se, igualmente, Valverde[3] (1999, p. 68) e Coelho[4] (2005, p. 258).

À diferença do que ocorre na alínea *a*, em que o elemento volitivo pode integrar, mas não é parte essencial do ato de falência, a hipótese prevista pela alínea *b* do inciso III do art. 94 pressupõe, sempre, uma certa *intenção* por parte do devedor. Mais que isso, a concretização do ato de falência, nesse caso, prescinde do resultado da ação praticada, e é suficiente que o empresário tenha agido *com o propósito* de retardar pagamentos ou fraudar credores. A análise é, portanto, fundamentalmente subjetiva.

É o que se verifica da redação do preceito:

"b) *realiza* ou, por atos inequívocos, *tenta* realizar, com o objetivo de *retardar* pagamentos ou *fraudar* credores, negócio sumulado ou alienação de parte ou da totalidade de seu ativo a terceiro, credor ou não".

A alínea *b* abarca, como se pode perceber, um conjunto indefinido de atos, que se exteriorizam ou como negócio simulado ou como alienação de bens do ativo, tendo um de dois objetivos: fraudar credores ou retardar pagamentos.

Negócio simulado é aquele em que os negociantes simulam (fingem) a existência de um determinado objetivo no negócio para esconder o verdadeiro

3 "Os meios ruinosos consistem, geralmente, na realização de negócios arriscados ou de puro azar, no abuso de responsabilidades de mero favor, nos empréstimos a juros excessivos, na alienação de máquinas ou de instrumentos indispensáveis ao exercício do comércio".

4 "Também está praticando ato de falência o empresário que emprega meios ruinosos ou fraudulentos para realizar pagamentos, como a contratação de novos empréstimos para quitar os anteriores, sem perspectiva imediata de recuperação econômica da empresa, ou aceita pagar juros excessivos, comparativamente aos praticados no mercado".

propósito de lesar o interesse de terceiro. O negócio simulado, embora se constitua sempre ilícito, somente se caracterizará como ato de falência se demonstrado que foi feito com uma das duas finalidades previstas pelo texto legal (fraude a credores ou postergação de pagamentos).

Alienação de bens do ativo traduz-se por expropriação de bens de propriedade do empresário ou da sociedade empresária. A alienação de bens é fato corriqueiro e, em regra, perfeitamente lícito. Não há, assim, cogitar ato de falência sem que se tenha prova de que o devedor realizou a alienação com o *propósito* de atingir um dos dois objetivos expressados pela alínea *b* do inciso III: inviabilizar a possibilidade de pagamento ou postergar a sua realização.

A fraude a credores pode ser descrita como a conduta por meio da qual o devedor inviabiliza, propositadamente, o pagamento de seus créditos. Isso pode dar-se por meio do desfazimento dos ativos da empresa, ou pela assunção de novas obrigações, com a distribuição de garantias reais, a fim de que não sobrem bens livres e desembaraçados para serem penhorados pelos credores que se pretende prejudicar.

O objetivo de retardar o pagamento difere da intenção de não pagar: o objetivo é de pagar, mas após o prazo convencionado. Assim, se o negócio simulado, ou a alienação de bens, teve por objetivo inviabilizar o pagamento tempestivo do crédito (ou seja, obrigando o credor a aguardar o pagamento futuro), caracteriza-se o ato de falência.

O dispositivo do art. 94, III, *b*, tem em foco o empresário que, sufocado por dívidas, mas esperando uma futura recuperação (seja pelo recebimento de créditos cujo pagamento é esperado, seja por simples modificação da conjuntura econômica), procura, por meios escusos, furtar-se, por determinado tempo, do cumprimento de suas obrigações. A medida honesta a ser adotada pelo empresário, em tal circunstância, é tentar renegociar o prazo para pagamento ou, eventualmente, buscar a aprovação de um plano de recuperação. Se, porém, o devedor, no lugar de tomar tais medidas, resolve alienar parte de seus bens, ou realiza negócio simulado, destinado a retardar ou a inviabilizar permanentemente o pagamento, no todo ou em parte, de seus créditos, realiza ato de falência previsto pelo art. 94, III, *b*, da Lei n. 11.101/05.

Ainda quanto à alínea *b*, ressalte-se que a lei pune a tentativa, ou seja, os atos materializados que, embora não tenham alcançado o objetivo,

demonstrem que o devedor tentou praticar um ato de falência, e é impedido por fator alheio à sua vontade.

Situação inteiramente diversa é a da alínea *c*, que prevê ato de falência cuja concretização independe de qualquer elemento subjetivo: se o devedor transfere um seu estabelecimento à propriedade de terceiro, deve ter prova de que tal operação foi feita com a anuência dos seus credores. Não havendo o consentimento dos credores (ou a prova de que ele foi manifestado), cabe ao devedor munir-se de prova de que tem bens suficientes para solver o seu passivo. Se houver venda do estabelecimento sem anuência dos credores, e sobrevier pedido de falência fulcrado na alínea *c* do inciso III do art. 94 da LFR, caberá ao devedor provar que, a despeito da venda do estabelecimento, manteve bens suficientes ao pagamento de todas as suas dívidas. Caso contrário, o magistrado deverá decretar a falência.

Assim, dispõe o art. 94, III, *c*, da Lei n. 11.101/05, que pratica ato de falência o devedor que "transfere o estabelecimento a terceiro, credor ou não, sem o consentimento de todos os credores e sem ficar com bens suficientes para solver o seu passivo". O comando revela a importância que a lei atribui ao estabelecimento comercial, que muitas vezes corresponde a todo, ou quase todo, o patrimônio da sociedade empresária. Assim, a fim de evitar que o devedor se desfizesse, num só contrato, de todos os seus bens, exige o Código Civil, em seu artigo 1.144[5], a averbação da transferência no Registro Público de Empresas Mercantis, e acrescenta, no art. 1.145[6], que a eficácia da transferência depende do pagamento de todos os créditos, salvo se os respectivos credores manifestarem consentimento à operação.

Essa exigência de publicidade, de transparência, no ato de alienação de um dos estabelecimentos, é uma garantia conferida aos credores de que não serão surpreendidos pela venda do estabelecimento, ou seja, pelo súbito desaparecimento dos bens que poderiam responder por seus créditos. Tal garantia ganha ainda maior ênfase com o art. 94, III, *c*, da Lei n. 11.101/05, pois, conforme a norma, o credor poderá requerer a falência do devedor que, sem a sua anuência, transfere estabelecimento comercial.

5 "Art. 1.144. O contrato que tenha por objeto a alienação, o usufruto ou arrendamento do estabelecimento, só produzirá efeitos quanto a terceiros depois de averbado à margem da inscrição do empresário, ou da sociedade empresária, no Registro Público de Empresas Mercantis, e de publicado na imprensa oficial".

6 "Art. 1.145. Se ao alienante não restarem bens suficientes para solver o seu passivo, a eficácia da alienação do estabelecimento depende do pagamento de todos os credores, ou do consentimento destes, de modo expresso ou tácito, em trinta dias a partir de sua notificação".

No pedido de falência amparado na alínea *c* do inciso III, caberá ao devedor, na sua contestação, apresentar prova ou da anuência dos credores ou da existência de bens suficientes ao pagamento das dívidas.

Ressalte-se que o preceito, embora sirva para coibir a alienação praticada de má-fé, não tem esse elemento volitivo como um de seus pressupostos. A falência pode resultar tanto da conduta dolosa como da mera irresponsabilidade. A análise é, pois, objetiva: se houve alienação, é necessário que o devedor tenha prova ou do consentimento dos credores ou da propriedade de bens suficientes ao pagamento de todas as suas dívidas.

A transferência de estabelecimento é também objeto da alínea *d*, segundo a qual pratica ato de falência o empresário que "simula a transferência de seu principal estabelecimento com o objetivo de burlar a legislação ou a fiscalização ou para prejudicar credor". Cuida-se de inovação da Lei n. 11.101/05, não havendo dispositivo similar no Decreto-Lei n. 7.661/45. A compreensão do dispositivo depende da difícil tarefa de entender o significado de "simulação da transferência do estabelecimento principal".

Conforme entendimento doutrinário, com o uso do adjetivo "principal" pode-se referir ao estabelecimento em que se concentra o maior volume de negócios ou àquele em que se concentram as decisões administrativas da empresa. Cuida-se, pois, de conceito econômico, que não se deve confundir com o conceito jurídico de "sede da empresa".

A transferência do principal estabelecimento, numa primeira leitura, traduz-se em alienação, pelo empresário, do estabelecimento de maior importância estratégica para a empresa. Esse entendimento é sustentado por Abrão e Toledo[7] (2005, p. 234). O problema em tal exegese reside na aplicação prática do comando legal, pois é difícil conceber uma situação em que o empresário, num negócio simulado, aliene o seu principal estabelecimento. A hipótese talvez seja a da alienação do estabelecimento para o patrimônio de outra sociedade empresária pertencente ao mesmo grupo econômico, com a intenção de fugir ao pagamento de créditos ou de dificultar o acesso a documentos contábeis e fiscais.

7 "Integrando a disposição anterior, o dispositivo em comento se refere especificamente ao ponto principal da atividade empresarial, sem qualquer margem a dúvida, de maneira congruente e concisa, ao disciplinar a forma da alienação e o prejuízo causado aos credores. Bem se nota o vício que irradia o ato, contemplando simulação, fator diverso de sua finalidade no interpretar sua consecução, mas com o intuito de burlar a legislação ou a fiscalização, ainda em prejuízo aos credores".

Lucca e Simão Filho[8] (2005, p. 403) sugerem que se compreenda o dispositivo de maneira diversa, lendo-se na expressão "transferência" não a alienação mas, sim, a modificação de localidade, ou seja, a adoção, pelo empresário, de um outro estabelecimento para ser o seu principal. A simulação, em tal hipótese, consistiria não em um negócio feito para lesar um terceiro mas, sim, num ato unilateral, cujo propósito oculto seria o de burlar a legislação ou a fiscalização ou para prejudicar credor.

Na mesma orientação, afirma Fábio Ulhoa Coelho[9] (2005, p. 259) que a "transferência", na alínea *d*, é a escolha de nova localidade, o que é lícito se for decidido no interesse da empresa, mas ilícito se a motivação do empresário for a de prejudicar os credores ou a de dificultar a fiscalização.

A adotar-se a teoria de Simão Filho e de Fábio Ulhoa Coelho, a transferência simulada seria a ficção, criada pelo empresário, a fim de simular a existência de um estabelecimento principal em localidade diversa daquela em que se situa o seu estabelecimento que é, de fato, o seu principal. Comprovada a realização de tal ato, e demonstrado que essa simulação, essa ficção, teria sido criada com o propósito de dificultar à fiscalização o acesso a documentos da empresa, ou prejudicar os credores, estaria caracterizado o ato de falência.

O problema com essa segunda tese é, novamente, a aplicação prática. Considerando-se, afinal, que "principal estabelecimento" seja um conceito econômico, é difícil imaginar por quais meios possa o devedor simular o seu deslocamento.

8 "Na análise da expressão 'simulação de transferência de estabelecimento principal' nos termos da lei, não nos parece que a palavra 'transferência' esteja ligada à operação de trespasse, alienação, arrendamento ou usufruto de estabelecimento, pois esta foi prevista no item 'c' anterior. Pelo teor do artigo, a palavra transferência parece ligada à localidade onde se situa o principal estabelecimento. Ocorre que alguma empresa mal intencionada pode criar a modificação simulada deste que seria o seu principal estabelecimento, para fins de burlar as normas legais por qualquer motivo de seu interesse ou, ainda, para tentar fixar competência para a matéria falimentar em localidade de seu interesse, quer porque ela se situa em região longínqua dos domicílios de seus credores, dificultando a estes a articulação de seus direitos ou ainda por interesses outros como a busca de uma posição judicial local mais favorável a sua situação técnico-jurídica do momento".

9 "O empresário é, em princípio, livre para transferir seu principal estabelecimento para onde e quando quiser. Se o motivo da mudança é ditado pela racionalidade empresarial (por exemplo, proximidade de fornecedores ou consumidores, melhor infra-estrutura logística etc.), é lícita e não configura, por conseguinte, qualquer ato de falência. Há, contudo, transferências cujo objetivo é fraudar a lei, frustrar a fiscalização ou prejudicar os credores, dificultando-lhes o exercício de direitos. Nesses casos, considera-se simulada a transferência, já que seu objetivo não é empresarialmente justificável, caracterizando-se, então, o ato de falência".

As duas modalidades de interpretação, de um lado a sustentada por Carlos Henrique Abrão e de outro a de Adalberto Simão Filho e Fábio Ulhoa Coelho, são igualmente razoáveis, no campo exegético, mas ambas de difícil aplicação prática. A alínea, portanto, encerra preceito de redação confusa e de pouca operacionalidade.

Contrastando com a alínea *d*, é perfeitamente inteligível o comando do art. 94, III, *e*, que reproduz o preceito contido no art. 2º, VI, do Decreto-Lei n. 7.661/45, ao dispor que pratica ato de falência o empresário que "dá ou reforça garantia a credor por dívida contraída anteriormente sem ficar com bens livres e desembaraçados suficientes para saldar seu passivo". Segundo a norma, o devedor que, a título gratuito, oferece garantia real a um credor, por dívida contraída anteriormente, faz presumir a sua situação de insolvência. Essa presunção é relativa, e pode o credor elidir a decretação da quebra oferecendo prova de que, mesmo após a concessão da garantia, ficou com bens suficientes para saldar o seu passivo.

A concessão de garantia real é um meio de assegurar a obtenção de um crédito, ou melhorar as condições de prazo para pagamento e juros incidentes. Uma vez obtido o empréstimo, afigura-se benefício injustificado a concessão de nova garantia. Esse *benefício* concedido a um credor, sem nenhum aparente motivo, pode representar uma tentativa, por parte do devedor, de manipular a ordem de créditos preferenciais estabelecida pelo art. 83 da Lei n. 11.101/05. Daí a previsão do ato de falência.

Como se observa, é a concessão gratuita, injustificada, da garantia real que caracteriza o ato de falência. Situação inteiramente diversa seria a concessão de uma garantia real em razão do perecimento do bem anteriormente dado em garantia ou por ocasião da renegociação do débito, com a concessão de prazo ou de maior linha de crédito em favor do devedor.

Outra hipótese legal de ato de falência é o abandono de estabelecimento. Conforme a redação da alínea *f* da Lei n. 11.101/05, há espaço para a decretação da falência se o devedor "ausenta-se sem deixar representante habilitado e com recursos suficientes para pagar os credores, abandona estabelecimento ou tenta ocultar-se de seu domicílio, do local de sua sede ou de seu principal estabelecimento".

Atente-se à circunstância de que o texto legal, ao admitir a habilitação de representante, sublinha que este deverá dispor de "recursos suficientes para pagar os credores". Essa ressalva evidencia o propósito da norma, que

é o de evitar que o devedor se ausente como meio de evitar o pagamento de suas obrigações.

A ausência do devedor é algo bastante simples de se compreender quando se trata de empresário individual: o empresário, pessoa física, titular da empresa, abandonou-a e não é encontrado em seu domicílio. O exemplo mais evidente é o do microempresário, titular de firma individual que, antevendo a ruína de seu próprio negócio, resolve abandonar tudo o que tinha e estabelecer-se noutra localidade, fugindo ao pagamento de seus créditos. Assim, dispôs a lei que se caracteriza o ato de falência se o empresário "tenta ocultar-se".

O elemento volitivo, na alínea *f,* pode integrar o ato de falência. Assim, pode-se discutir, na demanda, se o devedor *pretendia ocultar-se*. Nem sempre, porém, esse questionamento será necessário, admitindo-se a decretação da quebra com a mera verificação, objetiva, de que se ausentou o empresário sem deixar representante legal.

Ressalve-se que, a despeito de se admitir, em tese, a análise estritamente objetiva, deve-se aplicar o preceito com a devida moderação. O advento de uma grave fatalidade na vida pessoal do empresário pode ocasionar o abandono, por breve período de tempo, de suas funções. Para evitar decisões precipitadas, pondere-se que o escopo da norma é garantir que a empresa continue sendo gerida, havendo pessoa responsável pela tomada das decisões empresariais e para receber as intimações e citações nas demandas eventualmente ajuizadas. Situações provisórias, em que o empresário, justificadamente, ausenta-se por curto intervalo de tempo, não ensejam a aplicação da alínea *f.* Assim, se o empresário recebe a citação no estabelecimento comercial, e apresenta justificativa plausível para ter-se afastado, não se deve decretar a falência. Assevere-se, entretanto, que, ante a previsão legal de ato de falência por abandono, é conveniente que o empresário nomeie um representante sempre que necessite viajar ou, por qualquer outro motivo, afastar-se dos negócios.

A aplicabilidade do dispositivo às sociedades comerciais exige do intérprete alguma reflexão. "Devedor", em princípio, é a sociedade empresária ou o empresário individual. Pessoa jurídica não se ausenta, e é, portanto, difícil enquadrar o preceito numa interpretação gramatical. O Decreto-Lei n. 7.661/45 dispunha expressamente sobre a aplicabilidade do preceito ao representante legal da sociedade comercial (art. 2º, VII, e parágrafo único), ao passo que a Lei n. 11.101/05 é omissa a respeito. A doutrina, entretanto,

considerando que o escopo da norma é o de exigir a presença de um representante legal da empresa, estendeu a aplicação do dispositivo às pessoas jurídicas, firmando-se a partir desse raciocínio o entendimento segundo o qual as sociedades comerciais podem ser levadas à falência pela ausência de administrador ou de seu representante legal da empresa. Nesse sentido a doutrina de Fábio Ulhoa Coelho[10] (2005, p. 260).

O art. 94, III, *g*, especifica a sétima e última hipótese legal de ato de falência, referindo-se ao devedor que "deixa de cumprir, no prazo estabelecido, obrigação assumida no plano de recuperação judicial". Ao se interpretar o preceito, é importante lembrar que a recuperação judicial perdura pelo lapso temporal de 2 anos, após o que o processo é encerrado por sentença. Durante a recuperação, o descumprimento de qualquer obrigação leva ao pedido incidental de convolação do processo em falência, com fulcro no art. 61, § 1º, da Lei n. 11.101/05. É somente após o encerramento do processo de recuperação que tem aplicação o preceito contido na alínea *g* do art. 94.

A Lei n. 11.101/05 é, portanto, severa na exigência de cumprimento de todo o plano de recuperação. Se o devedor assume compromissos de médio e longo prazo, deverá ser zeloso na sua realização, pois, mesmo que encerrado o processo de recuperação, o descumprimento do plano caracteriza ato de falência, conforme dispõe o art. 94, III, alínea *g*, da Lei de Falência e Recuperação.

4 Conclusão

A Lei n. 11.101/05 promoveu significativas modificações nos pressupostos de decretação da quebra. Quanto à disciplina legal dos atos de falência, o texto do art. 94 é semelhante ao do art. 2º do Decreto-Lei n. 7.661/45. Há, todavia, importantes modificações, que são a inserção da enigmática alínea *d*, bem como a falência por descumprimento do plano de recuperação, prevista pela alínea *g*.

Analisadas as hipóteses legais de decretação da quebra por ato de falência, verifica-se que o escopo da Lei n. 11.101/05 vai além da composição de interesses entre credores e devedor para buscar a otimização do mercado, regularizando a circulação do crédito. A novel legislação compromete-se, ainda, com a promoção de um comportamento ético pelo empresariado,

10 "O abandono do estabelecimento empresarial por parte do empresário individual ou do representante legal da sociedade devedora importa caracterização de ato de falência".

punindo com a decretação da falência diversas condutas do devedor que, por negligência ou má-fé, age de modo a prejudicar a empresa. Assim, nem sempre os casos de falência se relacionam com a insolvência ou a iliquidez do devedor, havendo casos, dentro dos chamados atos de falência, em que a decretação da quebra pode decorrer da conduta desonesta ou flagrantemente irresponsável do empresário.

5 Bibliografia

ABRÃO, Carlos Henrique; TOLEDO, Paulo F. C. Salles de (Org.). *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*. São Paulo: Saraiva, 2005.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à nova lei de falências e recuperação de empresas*. São Paulo: Saraiva, 2005.

LACERDA, João Cândido Sampaio de. *Manual de direito falimentar*. 14. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.

LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto (Org.). *Comentários à nova lei de recuperação de empresas e de falências*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

VALVERDE, Trajano de Miranda. *Comentários à lei de falências*. 4. ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1999. v. 1.

CRIME DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO E CONCURSO DE CRIMES

Rogério Carlos Demarchi*

De acordo com a Lei n. 9.099/95, com a nova redação dada ao seu artigo 61 pela Lei n. 11.313/06, "consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa".

Atualmente, há corrente jurisprudencial e doutrinária dominante no sentido de que, nas hipóteses de concurso de crimes, cuja soma ultrapasse dois anos, não se consideram eles de menor potencial ofensivo, mesmo que, isoladamente, não atinjam o limite de 2 (dois) anos.

Discordo de tal posicionamento, uma vez que a lei é taxativa em considerar de menor potencial ofensivo as contravenções e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos. Assim, por ocasião da prática do crime, já é ele de menor potencial ofensivo, independentemente das circunstâncias que o cercam, não podendo ser considerado de forma diversa quando praticado em concurso material ou formal ou em continuidade.

Abalizando este entendimento, colhe-se da lição de Fernando da Costa Tourinho Neto:

> Havendo concurso de crimes, as penas devem ser somadas para verificar-se se ultrapassam o máximo previsto (dois anos) que define o crime de menor potencial ofensivo? A soma ou acréscimo das penas, decorrentes do concurso de crimes, material (soma das penas dos dois ou mais crimes – Código Penal, artigo 69); formal (aplicação da pena mais grave "das cabíveis ou, se iguais, somente uma delas, mas aumentada, em qualquer caso, de um sexto até

* Juiz Substituto em Chapecó/SC.

> metade" — Código Penal, artigo 70); ou da continuidade (aplicação da "pena de um só dos crimes, se idênticos, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços" — Código Penal, artigo 71), não pode transformar um crime de menor potencial ofensivo em crime de gravidade maior. O crime não pode ser, ao mesmo tempo, de maior ou de menor potencial ofensivo, a depender do número de vezes que foi praticado ou se o foi em concurso com outro ou outros delitos. O agente é que pode, como esse modo de agir, demonstrar uma personalidade voltada para o crime, que, em si, não deixa de ser de menor potencial ofensivo, se a pena *in abstrato* não é superior a dois anos, ou é punido tão-somente com multa (*Juizados Especiais Federais Cíveis e Criminais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 481).

Não obstante as divergências, é de se concluir que, através da Lei n. 11.313/06, o legislador deixou clara sua opção, considerando irrelevante o concurso de crimes para definição do crime de menor potencial ofensivo, vindo ao encontro da tese acima aventada.

É que a nova Lei modificou também o artigo 60, incluindo o parágrafo único, ficando deste modo a redação:

> Art. 60 O Juizado Especial Criminal, provido por juízes togados ou togados e leigos, tem competência para a conciliação, o julgamento e a execução das infrações penais de menor potencial ofensivo, respeitadas as regras de conexão e continência.
>
> Parágrafo único. Na reunião de processos, perante o juízo comum ou o tribunal do júri, decorrentes da aplicação das regras de conexão e continência, observar-se-ão os institutos da transação penal e da composição dos danos civis.

Veja-se da redação do parágrafo único que, não obstante a conexão com o juízo comum e até mesmo com o tribunal do júri, havendo concurso de crime cuja pena ultrapasse dois anos com delito de pena máxima menor ou igual a 2 (dois) anos, continua este a ser considerado de menor potencial ofensivo, uma vez que são aplicáveis os institutos da transação e composição cível da Lei n. 9.099/95.

Desse modo, se em concurso com crime maior o crime menor não deixa de ter aplicadas as regras da transação penal, com muito mais razão o concurso entre dois crimes com penas máximas até 2 (dois) anos merece a aplicação dos institutos da Lei n. 9.099/95. Interpretar-se de forma diversa enseja a aplicação de sanção mais benéfica àquele que praticou crime mais grave, em detrimento do princípio da igualdade (CF, art. 5º, *caput*).

A mesma regra é de ser aplicada para a fixação da competência, ou seja, a soma das penas não deve ser considerada.

Anote-se, porém, que essa interpretação não se aplica ao *sursis* processual, que deve permanecer na forma da Súmula 243 do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual "o benefício da suspensão do processo não é aplicável em relação às infrações penais cometidas em concurso material, concurso formal ou continuidade delitiva, quando a pena mínima cominada, seja pelo somatório, seja pela incidência da majorante, ultrapassar o limite de um (1) ano".

Outra alteração relevante trazida pela Lei n. 11.313/06 foi a restrição do crime de menor potencial ofensivo àquele com pena não superior a 2 (dois) anos, esteja ou não cumulada com multa. Antes da edição dessa Lei, havia entendimento no sentido de que era considerado de menor potencial ofensivo todo crime com pena de multa alternativa, mesmo que a pena privativa de liberdade ultrapassasse dois anos, pois a redação do parágrafo único do artigo 2º da Lei n. 10.259/01 permitia essa interpretação. Atualmente, porém, não há mais razão para se aplicar essa norma do Juizado Especial Federal, não só pela nova redação dada ao artigo 61 da Lei n. 9.099/95, como também pela modificação daquela pela Lei n. 11.313/06, através do seu artigo 2º.

Dessarte, para definição do crime de menor potencial ofensivo e para fixação da competência do Juizado Especial Criminal, não se consideram as somas de penas decorrentes do concurso delitivo, limitando-se o crime de menor potencial ofensivo àquele cuja pena cominada não supere dois anos, cumulada ou não com multa.

A NOVA ORDEM CONTRATUAL: PÓS-MODERNIDADE, CONTRATOS DE ADESÃO, CONDIÇÕES GERAIS DE CONTRATAÇÃO, CONTRATOS RELACIONAIS E REDES CONTRATUAIS.

Rogério Zuel Gomes*

Sumário

1 Considerações introdutórias – 2 As transformações socioeconômicas ocorridas no século XX: fordismo e o pós-fordismo 2.1 A pós-modernidade; 2.2 A pós-modernidade e os contratos – 3 Da proliferação das modalidades contratuais à estandardização: 3.1 Novos fenômenos contratuais: contratos de adesão, distrato por adesão, condições gerais de contratação, contratos relacionais e as redes contratuais: 3.1.1 Contratos de adesão; 3.1.2 Distrato e transação por adesão; 3.2 Condições gerais de contratação: 3.2.1 Aspectos interessantes na Diretiva 93/13 da Comunidade Européia – controle de cláusulas contratuais abusivas e a base CLAB; 3.2.1.1 Controle de cláusulas contratuais abusivas; 3.2.1.2 A base de dados CLAB; 3.3 Contratos relacionais; 3.4 As redes contratuais: 3.4.1 A figura do terceiro na relação contratual; 3.4.2 As redes contratuais vistas como um sistema – para uma visão além do princípio da relatividade – 4 Referências.

Resumo

O presente ensaio busca trazer algumas reflexões sobre a *teoria contratual contemporânea* e seus fundamentos. Para tanto, investiga os modelos contratuais verificados na atualidade pós-moderna, assim como traz

* Mestre em Ciência Jurídica pela Univali. Professor convidado nos Cursos de Graduação e Pós-graduação da ACE, Univille, Furb, Unoesc, Unitri/MG e Escola do Ministério Público de Santa Catarina. Diretor da Comissão Permanente de Cláusulas Abusivas do Instituto Brasileiro de Política e Defesa do Consumidor (Brasilcon). Gestor do Curso de Direito da Faculdade Cenecista de Joinville (FCJ). Advogado em Joinville/SC.

ao debate algumas práticas de controle de conteúdos contratuais adotados na Comunidade Européia.

Palavras-chave: Contratos – Pós-modernidade – Adesão – Estandardização – Distrato – Condições gerais – Contratos relacionais – Redes contratuais.

Aqui tudo parece que é ainda construção e já é ruína
Alguma coisa está fora da ordem
Fora da nova ordem mundial [...]
Eu não espero pelo dia em que todos os homens concordem
Apenas sei de diversas harmonias possíveis sem juízo final
Alguma coisa está fora da ordem
Fora da nova ordem mundial [...]
(Fora de ordem – Caetano Veloso)

1 Considerações introdutórias

É consabido que a teoria contratual clássica consagrou seus fundamentos baseada nas teorias individualistas dos séculos XVIII e XIX. Dentre estes fundamentos destacamos a autonomia privada, justificadora da intangibilidade do conteúdo contratual lastreada, ainda, por outra máxima: a do *pacta sunt servanda*. A capacidade das partes se obrigarem, assentada em sua autonomia privada, apta a impor lei entre as partes, deságua num terceiro fundamento da teoria contratual clássica: o da relatividade dos contratos pactuados, não permitindo, salvo as exceções dispostas em lei, o pactuado produzir qualquer efeito perante terceiros que dele não fizeram parte (*res inter alios acta, aliis neque nocet neque potest*).

Entretanto, a partir do século XX, verificou-se claros sinais de fadiga destes fundamentos tendo em vista a complexa diversidade de relações jurídicas em decorrência de relevantes mudanças socioeconômicas que destacaremos mais adiante. Dentre os vários fenômenos que podem ser apontados como justificadores da necessidade de uma nova ordem contratual está a impossibilidade de contratação, quanto ao conteúdo, na sua forma individualizada.

Diante dessa realidade, o contrato passa a perder uma de suas principais características, a que consistia numa relação entre dois indivíduos que entabulavam livremente as condições do seu cumprimento para, ao final, consolidá-las num documento cujo teor resultava daquela convenção livre-

mente pactuada. Esta circunstância, a livre pactuação, auxiliava a sustentar a máxima do *pacta sunt servanda*.

A pluralidade e a complexidade de relações intersubjetivas impõem, mesmo em dias atuais, uma reflexão acerca dos princípios que regem a relação contratual, incluindo também aqueles baseados nas teorias individualistas.

É premente a necessidade de mitigação do princípio da autonomia privada, princípio fundante da teoria contratual, já que a vontade das partes materializada no pacto não mais tem, como regra absoluta, o condão de fazer lei entre elas. O conteúdo escrito, livremente pactuado, continua valendo como principal referência, no entanto, os direitos e obrigações dele emanados carecem de análise a partir de uma nova perspectiva contratual, sempre balizada pela boa-fé e pela função social do contrato.

Com efeito, o contrato é a principal forma de circulação de riquezas no Estado, daí ser necessário analisar, sob a ótica coletiva, a forma como este instrumento faz circular a riqueza no país.

A partir desta constatação passa-se a questionar o indivíduo-centrismo que influenciou o direito privado nos dois últimos séculos tendo no núcleo do direito a referência um sujeito de direito[1]. Neste passo, observa Luiz Edson Fachin (2003, p. 18),

> [...] o Direito Civil deve, com efeito, ser concebido como "serviço da vida" a partir de sua raiz antropocêntrica, não para repor em cena o individualismo do século XVIII, nem para retomar a biografia do sujeito jurídico, mas sim para se afastar do tecnicismo e do neutralismo.Não sucumbir, enfim, ao saber virtual.

Nesse mister, cumpre ao hermeneuta, referenciado por uma conexão axiológica entre a legislação de direito privado e os princípios contidos na Constituição da República, buscar soluções atentando para uma nova perspectiva do direito atual. Não se pode descurar das dificuldades surgidas da necessidade de concretização dos preceitos constitucionais, todavia tal dificuldade não deve servir como pretexto a impedir a concretização desses princípios[2].

1 Sobre esta questão consultar Tepedino (2006). Sobre o aumento do número de sujeito tutelados pela lei e sobre a ampliação do status de sujeito consultar também Bobbio (1992, p. 69 e ss).

2 Além dessas dificuldades, comumente nos deparamos com a doutrina constitucional tradicionalista, ainda arraigada a conceitos de Constituição como mera carta política onde constariam apenas programaticamente os objetivos da República. Essa leitura, *data venia*, se mostra ultrapassada e completamente desvinculada da realidade pós-século XX, sobretudo no atual estágio de desenvolvimento da Teoria Constitucional e

A Constituição aponta como um dos fundamentos da República a dignidade da pessoa humana, ao mesmo tempo em que considera como um dos princípios fundantes da economia, a livre iniciativa.

Lembremos que o conteúdo constitucional há de ser interpretado como um conjunto homogêneo de preceitos, de modo a se buscar o equilíbrio e sintonia entre os fundamentos da República e os demais preceitos constantes da Constituição.

Assim é porque na Constituição todos os preceitos têm igual dignidade, não havendo normas só formais, nem hierarquia de supra-infra-ordenação dentro da lei constitucional (CANOTILHO, 2000, p. 1.109).

O direito privado, regulado pelo Código Civil e por outros estatutos legais, dentre os quais destacamos o Código de Defesa do Consumidor, não pode permanecer alheio ao conteúdo constitucional, por isso acreditamos que princípios de direito privado, tais como o da função social do contrato e o da boa-fé objetiva, haverão de auxiliar o hermeneuta na construção de uma teoria contratual afinada com as práticas contratuais contemporâneas, afeita aos fundamentos de estatura constitucional, sempre salvaguardando a dignidade da pessoa humana como vetor de interpretação[3].

A dignidade da pessoa humana, como direito fundamental, se traduz na garantia de que os cidadãos possam conviver num modelo de Estado Democrático de Direito orientado ao respeito e à promoção da pessoa humana na sua dimensão individual, ou conjugando esta com a exigência de solidariedade,[4] corolário do componente social e coletivo da vida humana (PEREZ LUÑO, 2004, p. 20).

Daí defendermos uma nova visão do contrato – e das relações jurídicas que estão no seu entorno – como ferramenta de circulação de riquezas, lastreada por um dever de conduta probo, que vê na relação contratual uma forma de cooperação recíproca (parceria) e de solidariedade entre os contratantes e aqueles que dependem direta ou indiretamente dessa relação contratual. Ao mesmo tempo em que, nessa concepção, se resguardam os

nomeadamente a partir da evolução da Teoria dos Direitos Fundamentais. A Constituição constitui, ainda que combalida por inúmeras "Emendas de Ocasião" que tentam desfigurá-la.

3 Tratamos com mais vagar desse tema no nosso *Teoria contratual contemporânea*: função social do contrato e boa-fé. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

4 Para uma interessante abordagem relacionando o cânone constitucional da solidariedade à justiça contratual, consultar Nalin (2001, p.201 e ss.).

direitos dos atores contratuais, também há de se registrar os reflexos dessa relação contratual na sociedade em que aqueles estão inseridos.

Entre nós, Clóvis do Couto e Silva, na década de 1960, já defendia a visão da relação obrigacional como um processo. Para o civilista gaúcho, a relação obrigacional deveria ser vista com uma estrutura de processos (seu ser dinâmico), com suas várias fases surgidas no desenvolvimento da relação obrigacional (COUTO E SILVA, 1976, p. 10). Sob essa ótica tanto os atos praticados pelo devedor, quanto aqueles praticados pelo credor, trazem repercussão ao mundo jurídico.

Os atos praticados pelos atores contratuais tendem a uma finalidade. Então, a conduta dos atores contratuais implica deveres, chamados colaterais ou anexos, balizados pela boa-fé.

A relação obrigacional revelada pelo contrato busca a satisfação e a salvaguarda dos interesses dos contratantes até mesmo antes de estabelecida a relação, daí se falar em deveres antes, durante e após o exaurimento do pactuado.

Resistir a esse ponto de vista equivaleria impor ao contratante mais fraco a injustiça advinda do conteúdo pactuado, consentindo com aquilo que Mosset Iturraspe denomina reino do egoísmo, ao se colocar em risco o bem comum e a paz social (MOSSET ITURRASPE, 1977, p. 79).

Nessa senda, o contrato não pode mais ser visto como algo que diga respeito somente aos contratantes, porque permitir que um deles imponha cláusulas iníquas ao outro seria fazer tábula rasa da forma de estado de direito[5] previsto na Constituição da República, o qual prima pela dignidade da pessoa humana (art. 1.º, III)[6], tendo como fundamento a construção de uma sociedade justa e solidária (art. 3.º, III).

É a partir dessas constatações que passamos a tecer alguns comentários sobre questões que reputamos sintomáticas, a justificar a afirmação que existe uma *teoria contratual contemporânea* ou uma nova ordem contratual, nada obstante a referida teoria conter elementos fundantes da teoria contra-

5 Assim também Calvao da Silva (1995, p. 50)

6 Para Perlingieri (1999, p. 37) os princípios da solidariedade e da igualdade funcionam como instrumentos e resultados voltados para a "atuação da dignidade social do cidadão. Uma das interpretações mais avançadas é aquela que define a noção de igual dignidade social como o instrumento que confere a cada um o direito ao respeito inerente à qualidade de homem, assim como a pretensão de ser colocado em condições idôneas a exercer as próprias aptidões pessoais". Para uma noção interessante acerca da solidariedade contratual, consultar: Giovani Maria Uda (1990, p. 327-334).

tual clássica que ainda devem ser levados em consideração por ocasião da análise dos casos concretos.

2 As transformações socioeconômicas ocorridas no século XX: fordismo e pós-fordismo

Não se pretende neste ponto do ensaio tratar detalhadamente de todas as questões socioeconômicas relevantes ocorridas no século XX. Tentaremos, a traços rápidos, destacar os pontos cujos reflexos revelam conseqüências nas estruturas contratuais, especialmente no que diz respeito à formação, ou melhor, à nova conformação dos contratos.

As estruturas contratuais forjadas nos séculos XVIII e XIX, voltadas basicamente às atividades comerciais e industriais, foram durante o século XX sendo alteradas acompanhando as tendências sociais e econômicas da sociedade de massa que já se desenhava àquela época.

Nesse estágio, a grande maioria da população se encontrava envolvida, seguindo modelos de comportamento generalizados, na produção em escala industrial, na distribuição e no consumo de bens e serviços (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 1997, p. 1.211 e 1.212)[7].

É bem verdade que no caso da atividade de prestação de serviços, o seu volume ganha relevo mais ao final do século passado, como se verá um pouco mais adiante.

O sistema econômico capitalista, malgrado a evolução da indústria retratada na primeira metade do século XX, consubstanciada na produção seriada em massa (fordismo) dirigida à população ansiosa por consumo[8],

7 Estes autores acrescentam, ainda, que a sociedade de massa surge num estágio avançado do processo de modernização: quer quanto ao desenvolvimento econômico, com a concentração da indústria na produção de bens de massa e o emergir de um setor terciário cada vez mais imponente; quer quanto à urbanização, com a concentração de maior parte da população e das instituições e atividades sociais mais importantes na cidade e nas megalópoles; quer quanto à burocratização, com o predomínio da racionalidade formal sobre a substancial e com a progressiva redução das margens de iniciativa individual. Nesse tipo de sociedade, defendem os mesmos autores, tendem a perder peso sucessivamente os vínculos naturais, como os da família e da comunidade local, prejudicados pelas organizações formais e pelas relações intermediadas pelos meios de comunicação de massa.

8 Essa sociedade, denominada sociedade de consumo, ultrapassa a trivial concepção de sociedade composta por indivíduos que consomem bens. Não é o simples fato de consumir que permite a caracterização de sociedade de consumo. Como bem observa Zygmunt Bauman, desde os tempos imemoriais o ser humano consome. O que devemos ter em mente, prossegue o sociólogo polonês, é que a sociedade moderna, nas suas estruturas de fundação (*foundation-laying*), na sua fase industrial, era uma "sociedade de produtores", que engajava seus membros primordialmente como produtores e soldados (*productors*

começou a demonstrar sinais de fadiga em meados do mesmo século. Conforme Ghersi (p. 78 - 79) o modelo de acumulação fordista, ao final da década de 1960, desatou a mais grave crise no sistema capitalista, para alguns a mais grave e duradoura deste sistema.

A organização dos trabalhadores, que por seus sindicatos pleiteavam ganhos salariais reais, o déficit fiscal do Estado e o processo inflacionário formaram o principal conjunto de motivos da crise e deram ensejo ao que muitos denominam de modelo pós-fordista.

No modelo pós-fordista, verifica-se a busca por uma nova estrutura de produção, de forma que, em razão da sua maior flexibilidade, se possa atender de forma mais eficaz o crescente e efêmero mercado de consumo, sempre objetivando otimizar a relação entre oferta e demanda. Já vai longe o tempo em que a indústria produzia, acumulando estoques[9], sem levar em consideração a demanda atual. A despeito disto, apresentam-se os problemas advindos do novo modelo com sua lógica de reorganização dos processos de trabalho de forma fragmentada e diversificada em pequenos grupos de alta qualificação[10], na sua maioria com trabalhadores atuando de

and soldiers), moldados, segundo uma "norma" posta à frente de seus olhos, que os impunha a desempenhar um destes dois papéis. Porém, no estágio moderno, supramoderno ou pós-moderno, a sociedade moderna apresenta pouca necessidade de mão-de-obra industrial em escala de massa e de exércitos recrutados (*conscript armies*), necessitando, portanto, de engajamento de seus membros na condição de consumidores. A "norma", nesse novo contexto, é a da capacidade e da vontade de desempenhar a função de consumidor (BAUMAN, 1998, p. 78-79)

9 Veja-se o método de produção *just in time* que busca evitar, por meio de administração de estoques reduzidos (ajustados com a demanda presente), desperdícios e geração de despesas que refletiriam no preço final do produto. Dessa forma, a indústria se permite ter seu produto pronto e acabado no exato momento da sua venda. Associada, ainda a esse método, a técnica do *just in case* que busca, por meio da manutenção de um baixo estoque, evitar contingências logísticas como problemas de transportes, greves de trabalhadores, etc.

10 Barroso (2001, p. 91-114) acrescenta que "A obsessão da eficiência tem elevado a exigência de escolaridade, especialização e produtividade, acirrando a competição no mercado de trabalho e ampliando a exclusão social dos que não são competitivos porque não podem ser. O Estado já não cuida de miudezas como pessoas, seus projetos e sonhos, e abandonou o discurso igualitário ou emancipatório. O desemprego, o sub-emprego e a informalidade tornam as ruas lugares tristes e inseguros". De fato, vivemos um tempo em que, invertidos os valores, o ser humano vem sendo reduzido a um conceito de eficiência, como bem frisa Oppetit (1998, p. 170-181) ao tratar de Direito e Economia. Hobsbawn (2000, p. 140-141) acrescenta que "A insegurança é uma nova estratégia para aumentar lucros, reduzindo a dependência da empresa em relação à mão-de-obra humana ou pagando menos aos empregados. Na economia capitalista moderna, o único fator cuja produtividade não pode ser facilmente ampliada e cujos custos não podem ser facilmente reduzidos é o relativo aos seres humanos. Daí a enorme pressão para eliminá-los da produção, o que também ocorreria se não houvesse competição internacional. Trata-se, antes, de uma forma de justificar este processo. [...] E há também outros aspectos dessa tendência. Na verdade pressupõe-se que os seres humanos não estão mais dispostos a esperar pela recompensa de seus esforços ou empreendimentos comerciais, e que exigem gratificação imediata. [...] Hoje, a única lógica de investimento válida é a participação em empreendimentos que dão resultados imediatos. [...] Existem atividades que, a meu ver, não podem de nenhuma forma ser organizadas dessa maneira, com

forma descontínua e periférica (GHERSI, [20-?], p. 83). É um quadro em que se delineia um mercado de trabalho em três níveis básicos:

a) com a formação de pequenos grupos de trabalhadores polivalentes e estáveis com ampla flexibilidade funcional[11], que desfrutam de direitos trabalhistas, benefícios sociais;

b) mão-de-obra periférica de baixa qualificação, contratável e demissível conforme as conveniências do empregador; c) e os trabalhadores eventuais (ou temporários), cujas obrigações jurídicas do empregador são poucas (FARIA, 2000, p. 230 - 231).

Com efeito, na lógica pós-fordista abre-se espaço, com a perda do poder de barganha dos sindicatos para negociação de salários e direitos trabalhistas, para uma bem sucedida tentativa de flexibilização de direitos[12] sociais conquistados em todo o século XX[13], impondo a alguns países, en-

base na regra de remuneração máxima e imediata, isto é, nas regras do mercado competitivo. A ciência é um caso. Uma das coisas que mais me angustiam a respeito do futuro é saber se a ciência, que resistiu à ruptura do sistema de valores tradicionais, também será ela própria transformada pela nova realidade. [...] O perigo, por exemplo na revolução biológica e genética, é que até mesmo os cientistas compreendam quanto dinheiro poderiam ganhar se aderissem a essa lógica". Na mesma linha de raciocínio, nos parece, Rosenau (1991, p. 10). Infelizmente o receio externado por Eric Hobsbawn e Pauline Marie Rosenau em algumas partes do mundo já se concretizou. Veja-se o exemplo do pesquisador sul-coreano Hwang Woo-Suk, da Universidade Nacional de Seul, que manipulou resultados de experiências de clonagem de células-tronco embrionárias humanas, publicados pelas famosas revistas Science e Nature em 2004. Especialistas no assunto declararam à imprensa que isto se deu, também, em função de fortes pressões para que algo mais avançado e útil para aplicações em escalas industriais fosse trazido a conhecimento público (O GLOBO ONLINE, 2005).

11 Aldacy Rachid Coutinho (2003, p. 173), escorada em opinião de Richard Sennet, detecta a angústia e o enfraquecimento da confiança do trabalhador pela crescente insegurança decorrente do enfrentamento de mudanças rápidas em um mercado competitivo e flexível, exigências de mobilidade funcional e espacial constante e adaptabilidade em novas e imprevisíveis condições de trabalho nas dinâmicas das empresas.

12 Veja-se, a respeito da tão propalada flexibilização dos direitos trabalhistas, a observação de Aldacy Rachid Coutinho (2003, p. 166): "O projeto neoliberal se apresenta como o novo, o pós-moderno, o inevitável. Em verdade, enseja novas vulnerabilidades sociais na medida em que propaga a capitulação do trabalho como categoria central de construção das relações pessoais na sociedade – esquecendo-se que tal categoria se constitui no 'elemento estabilizador da sociedade capitalista' – sem propor um novo instrumento de coesão e pacificação social. [...] Agregue-se o fato de que no campo jurídico, em decorrência das políticas neoliberais, presente se faz uma retração do Estado em setores vários, que se minimiza especialmente na intervenção econômica, acompanhada de um crescente alargamento da atuação normativa particular no campo laboral, o qual desde sempre reconheceu o pluralismo, porém vivido sob a ótica da indisponibilidade relativa das normas jurídicas heterônomas. Anotem-se, a título de exemplo, as discussões em torno da proposição governamental de alteração legislativa para impor a primazia do negociado sobre o legislado".

13 Esta questão tem ocupado importantes espaços de debate, sobretudo em função da tendência globalizante dos países em desenvolvimento. José Manuel Pureza (2001, p. 246-247): diante das complexas dificuldades por que passam os movimentos sociais, entre eles os trabalhistas, aponta como saída para a edificação dos movimentos sociais contemporâneos a internacionalização dos movimentos sindicais solidários. Referido autor aponta, ainda, dois sinais que ajudam a detectar esta tendência: I) a centragem das lutas sindicais que enfrentam o aumento da precarização decorrente da fleexploração (Bordieu); II) a conversão do movimento sindical à proteção de trabalhadores imigrantes e ao combate conjugado entre

tre eles o Brasil, a equiparação a países que não priorizam direitos sociais, como a China, reduzindo direitos sociais do trabalhador brasileiro (OLIVEIRA JUNIOR, 2000, p. 103).

Direcionando a discussão para a questão dos contratos, força é reconhecer que, no Estado com economia de concepção baseada no modelo fordista, o contrato que lastreava as negociações era, basicamente, o de compra e venda (consumo de bens).

Na mudança para o Estado com economia de concepção baseada no modelo pós-fordista, constatamos o que Carlos Alberto Ghersi ([20-?], p. 84) denomina revolução dos serviços, em que prevalecem os contratos de trato sucessivo[14], mais regulativos em função da intervenção estatal, com rígidas disposições de benefícios contratuais e um perfil mais objetivo (contratos de adesão) do que subjetivo.

Em resumo, o novo modelo contratual, na realidade pós-fordista, terá como marco um conjunto de instituições com normas explícitas e implícitas, que deverão assegurar a compatibilidade de comportamento no mercado do novo regime de acumulação em que os agentes econômicos, que substituem a indústria produtora de bens e aos consumidores por empresas de serviços e beneficiários, não devem produzir situações conflituosas, para o qual o modelo prevalente deve proporcionar segurança jurídica, por meio de uma imutabilidade e interpretação restritiva (GHERSI, [20-?], p. 84).

2.1 A pós-modernidade

A questão envolvendo o conceito de pós-modernidade[15], ou do paradigma da pós-modernidade, tem ocupado relevante espaço dentro de todos os ramos da ciência[16].

imigrantes e nacionais contra as lógicas econômicas que determinam a emigração. Para estes dois pontos a resposta estaria no aprofundamento de práticas de negociações sindicais internacionais, com regras transnacionais de coordenação salarial e de condições de emprego; no reforço dos comitês de empresa ou das comissões de trabalhadores nas empresas multinacionais; na exigência de regulação de políticas de contratação de imigrantes. Tais medidas se traduziriam numa viragem cosmopolita do movimento sindical.

14 Em alguns casos esses contratos merecem tratamento diverso daquele que uma mera interpretação literal dos dispositivos legais aplicáveis à espécie. Como se verá mais adiante, estamos nos referindo aos contratos relacionais.

15 Registramos, porém, a existência de severas críticas acerca da real verificação de tempos pós-modernos e até mesmo dos tempos modernos. Veja-se, nessa direção, o trabalho de Dussel (2002).

16 Reputamos fundamental ressaltar a necessidade de estudos multidisciplinares sobre a questão da pós-modernidade, não obstante neste ensaio tratarmos de forma voltada para o direito contratual. Já afirmamos

Sem a pretensão de buscar um conceito apropriado, até porque o trabalho seria em vão[17], procuraremos uma abordagem que, de forma objetiva, e respeitados os limites do presente trabalho, analise os fenômenos decorrentes da crise dos chamados tempos pós-modernos para, após isso, tentarmos um enquadramento das conseqüências destes nas relações contratuais.

A pós-modernidade, como bem salientado por Claudia Lima Marques, revela o fenômeno das relações virtuais, desmaterializadas, cada vez mais fluídas e instáveis; a sociedade de informação; a globalização niveladora de culturas; a riqueza especulativa pós-fordista; o renascimento de identidades (MARQUES, 2004, p. 158-159).

A essas características podemos acrescentar, ainda, o desprestígio do Estado; a valorização da imagem acima do conteúdo, em que o efêmero parece derrotar o essencial (BARROSO, 2001, p. 114) fazendo prevalecer a aparência sobre a técnica, a prática e a eficiência (ROSENAU, 1991, p. 7).

Essa realidade coloca em xeque todas as certezas que as ciências forjaram até meados do século XX. A sensação de impotência, especialmente diante da dinamicidade da sociedade denominada pós-moderna[18], deixa os

que o contrato, como principal instrumento de circulação de riquezas, está inserido na engrenagem social e, portanto, exposto, juntamente com toda a sua teoria, às mudanças no tecido social. Por isso, ele não pode ser visto tão-somente, e isoladamente, como um instituto jurídico neutro. Necessário é encará-lo como um instrumento de consecução de fins, conforme as diretrizes de um determinado modelo de Estado, cujo vetor de referência encontra-se na Constituição da República, não obstante todas as dificuldades atuais. A Constituição guarda princípios e objetivos que desbordam da questão meramente jurídica. A Constituição há de ser vista voltada para a consecução dos seus objetivos, daí a necessidade de uma visão do Direito para além da questão meramente jurídica. Ao tratar da atual necessidade de visão e pesquisa multidisciplinar e transdiciplinar, Morin (2004, p. 14 - 15) bem frisa os novos desafios para o conhecimento, que passam pela necessária visão global na busca pela compreensão das complexidades, já que os componentes da realidade se constituem de um todo inseparável (econômico, político, sociológico, psicológico, afetivo e mitológico). Para este autor as especializações do saber, muito embora tenham trazido vantagens pela divisão do trabalho, trouxeram consigo os inconvenientes da superespecialização, do confinamento e do espedaçamento do saber. Como resultado disso temos: conhecimento e elucidação por um lado; por outro, se produziu a ignorância e a cegueira. Por certo os cientistas sociais, segundo sua área de concentração de pesquisa, vocacionam seus estudos às suas especialidades. Também os juristas tendem, como observa Arnaud (1991, p. 232), "a 'empurrar' a realidade para dentro das classificações que são próprias à sua ciência. Eles reconstroem no cotidiano uma realidade jurídica com base na realidade social. Na verdade, ao agir desta maneira os juristas acentuam o abismo entre regulação social e regulação jurídica. Assim, afasta-se toda esperança de solução dessa questão, mesmo se a utilização dos conceitos de 'categorias jurídicas' não condena necessariamente o investigador do direito a uma perspectiva reducionista".

17 Veja-se toda a pesquisa desenvolvida pelos teóricos das Ciências Sociais (Boaventura de Souza Santos, Jacques Derridá, Jean Lyotard, André-Jean Arnaud, Alain Tourraine, Zygmunt Bauman, Pauline Rosenau, Edgar Morin e Jean Baudrillard, entre outros) na busca de um conceito adequado e aferição do seus efeitos. Sobre uma espécie de classificação entre as teorias desenvolvidas por cientistas sociais pode-se observar na obra de Santos (2005a, p. 284 - 288) a separação destes em quatro grupos. Para uma classificação apenas em dois grandes grupos consultar Rosenau (1991, p. 46 e 55).

18 Sobre o tema consultar: Bauman (1998, p. 6 - 26) e Guilhaume (1996, p. 103 - 129).

cientistas, em especial aqueles envolvidos com as ciências sociais, angustiados, ao mesmo tempo em que fomenta a produção teórica na identificação do problema e na busca de alternativas que mitiguem os efeitos deste.

Com a globalização, os desafios recrudescem. Longe de ser um fenômeno linear, monolítico e inequívoco (SANTOS, 2005b, p. 49), a globalização não é, tampouco, automática e espontânea, advinda do resultado das tecnologias de informação (falácia do determinismo).

É resultado do processo globalizante hegemônico resultante de decisões políticas e econômicas vindas das poderosas economias mundiais[19], cujas respostas em cada país são diversas, segundo a pressão exercida pelo *Consenso de Washington*, como destaca Boaventura de Souza Santos (SANTOS, 2005b, p. 50).

O mesmo autor observa, ainda, a falsa idéia de que a globalização teria o condão de fazer desaparecer as diferenças entre os países desenvolvidos e subdesenvolvidos (falácia do desaparecimento do Sul)[20].

Nessa visão, triunfalista, a globalização produziria um impacto uniforme em todas as regiões do mundo e em todas as atividades e que seus arquitetos, as empresas multinacionais, são infinitamente inovadoras e têm capacidade organizativa suficiente para transformar a nova economia global numa oportunidade sem precedentes (SANTOS, 2005b, p. 51).

Ambas as falácias sucumbem diante do quadro de contestação social e política diante da globalização, que é vista como o grande triunfo da racionalidade, da inovação e da liberdade potencializadora do progresso infinito e da abundância, apesar de atingir um número cada vez menor de privilegiados (SANTOS, 2005b, p. 53).

19 Não nos referimos somente a países. As empresas multinacionais cada vez mais vêm exercendo forte influência nas economias nacionais, seja por pressões internas (questões relativas a investimentos maciços em setores estratégicos, desregulamentação do mercado, concorrência desleal, direitos autorais, etc.), seja pela forma como estas realizam negócios privados internacionais. Teubner (2002, p. 206) observa, ao tratar da *lex mercatoria*, que cada vez mais ela se transforma numa lei global, sem a presença do Estado. Vários setores, não só da economia, vêm desenvolvendo uma lei global própria.

20 O autor utiliza, segundo critérios econômicos, a terminologia dos países do Norte/Sul para a dicotomia dos países ricos do Norte e dos países pobres do Sul. Essa divisão, quer nos parecer, recrudesceu a partir da queda do comunismo.

2.2 A pós-modernidade e os contratos

Inerentes à sociedade de massa, os problemas advindos, de inúmeros matizes[21], transformaram-se no atual desafio das ciências.

A lógica racional, com seus critérios de validade absoluta e universal, é posta sob dúvidas.

As dúvidas percorrem o fio condutor do relativismo. Não há mais o paradigma das certezas (modernidade)[22], há um novo paradigma: o da pós-modernidade.

No mundo jurídico, destaca Antonio Junqueira de Azevedo, o paradigma da pós-modernidade, especialmente em função da sua hipercomplexidade, revela a multiplicidade de fontes do direito, na defesa de inúmeros grupos sociais (característica material), e a vasta quantidade de leis, decretos, códigos deontológicos, etc. (característica formal) (AZEVEDO, 2004, p. 55-56).

E assim, o desafio está posto à ciência jurídica. É hora de se repensar e reconstruir (MARQUES, 2002, p. 167) os fundamentos do Direito a partir desta constatação, reconhecendo que a ciência jurídica, tal como está articulada, a partir do Estado moderno, não tem condições de dar conta da tutela de novos direitos (OLIVEIRA JUNIOR, 2000, p. 102-103)[23].

21 Veja-se o alerta deflagrado por Tourraine (1996, p. 182 - 186) ao tratar da questão sociedade de massa e suas implicações na cultura democrática: "A democracia está ameaçada mais diretamente pelos regimes autoritários e totalitários; no entanto, devemos reconhecer a existência de uma outra ameaça. Esta não vem de um poder onipotente que submeterá a sociedade à sua mercê, mas da própria sociedade que, na ordem política, vê apenas uma burocracia arbitrária ou corrupção e deseja reduzi-la à função de guarda noturno ou de um Estado mínimo, para não entravar a atividade dos mercados e difusão dos bens de consumo e de todas as formas de comunicação de massa. Esse liberalismo tacanho pode ser considerado democrático porque respeita as liberdades e responde às demandas da maioria. [...] Por toda a parte, sob as mais diversas formas, cresce a idéia de que a defesa da liberdade consiste em reduzir a intervenção do Estado. [...] O que é condenável na idéia de sociedade de massa não é a massificação das demandas que têm mais aspectos positivos do que negativos, mas a prioridade que tende a reconhecer aos objetos em detrimento das relações sociais. [...] É como se uma sociedade, quando se concebe a si mesma como uma sociedade de consumo, consagrasse a maior e mais constante atenção a suas atividades menos importantes, incluindo a área econômica".

22 Especialmente para a ciência jurídica. Arnaud (1991, p. 246 - 247) salienta, ao tratar do Direito "moderno", a "crença universal das soluções jurídicas, e nas benfeitorias da lei toda-poderosa. [...] Desde então, fala-se de um Direito singular. [...] Aprendemos muito rápido que os sonhos da época moderna não eram senão ilusões".

23 Mais adiante o autor acrescenta: "Assim, quando dizemos que a ciência jurídica no âmbito dos Estados-nações e de suas soberanias, e isto precisa hoje ser relativizado; por outro, porque em nome da democracia e do relativismo valorativo, fundou-se num isolamento disciplinar que hoje não se sustenta, pois os conflitos de que o direito tem que dar conta requerem um (sic) visão inter ou transdiciplinar (p. 104). [...] o novo paradigma científico que dever (sic) ser erguido diante dos escombros do positivismo deve considerar um

Se a pós-modernidade, acompanhada pela globalização, importa uma nova realidade, com lastro na *neoliberalização* da economia, sustentada pela diminuição da atuação do Estado[24], com imensa multiplicidade de relações jurídicas, cumpre aos cientistas do Direito forjarem técnicas de interpretação[25] do plexo legislativo vigente que regula essas relações.

Já afirmamos anteriormente que o ponto de partida para essa construção está na Constituição da República, notadamente a partir dos direitos fundamentais lá consagrados.

Com efeito, a interpretação do direito do novo milênio passa fundamentalmente pelo conteúdo constitucional (MARQUES, 2002, p. 165).

Nesse passo, a interpretação do contrato, peça fundamental para a circulação de riquezas da nação, há de ser filtrada[26] por princípios de estatura constitucional que funcionarão como vetores hermenêuticos a guiar a interpretação dos dispositivos legais aplicáveis ao instituto.

primado que já existia ao tempo do jusnaturalismo e que afirma que a existência deve ser pensada num plano de 'coexistência'. O direito só existe no plano das relações humanas, devendo então ser pensado não como um instrumento que opõe um homem ao outro, mas como um instrumento que harmoniza a convivência de ambos. E é esta a revolução na mentalidade que ainda está por ser feita, para a ciência jurídica possa dar conta dos novos direitos (p. 107).

24 Nesse ponto vale a observação de Santos (2005, p. 41): "O consenso do Estado fraco é, sem dúvida, o mais central e dele há ampla prova no que ficou descrito acima. Na sua base está a idéia de que o Estado é o oposto da sociedade civil e potencialmente o seu inimigo. A economia neoliberal necessita de uma sociedade civil forte e para que ela exista é necessário que o Estado seja fraco. O Estado é inerentemente opressivo e limitativo da sociedade civil, pelo que só reduzindo o seu tamanho é possível reduzir o seu dano e fortalecer a sociedade civil. Daí que o Estado fraco seja também tendencialmente o Estado mínimo. Esta idéia fora inicialmente defendida pela teoria política liberal, mas foi gradualmente abandonada à medida que o capitalismo nacional, enquanto relação social e política, foi exigindo maior intervenção estatal. Deste modo, a idéia do Estado como oposto da sociedade civil foi substituída pela idéia do Estado como espelho da sociedade civil. A partir de então um Estado forte passou a ser a condição de uma sociedade civil forte. O consenso do Estado fraco visa repor a idéia liberal original". Hobsbawn (2000, p. 43) reforça este raciocínio ao observar que a estratégia de enfraquecimento do Estado foi reforçada "pela ideologia dos governos neoliberais, explicitamente dirigida contra o Estado, a fim de enfraquecê-lo, de inverter deliberadamente a tendência histórica ao fortalecimento de seu papel, tanto na área econômica como, de modo geral, em todas as suas funções". Bauman (1998, p. 66) acrescenta, ao tratar do afastamento do controle político na área econômica pregado pelas ideologias globalizantes, que "Seja o que for que tenha restado da política, espera-se que deva ser tratado pelo Estado, como nos bons velhos tempos – mas o Estado não deve tocar em nada relacionado à vida econômica: qualquer tentativa nesta direção seria rápida e furiosamente punida pelos dos (*sic*) mercados mundiais".

25 A questão hermenêutica nos parece de maior relevância, já que uma vez bem construída, a sua teoria permitirá ao operador do direito a interpretação harmônica dos dispositivos legais contidos em vários estatutos jurídicos. Como destaca Tepedino (2006, p. 9-11), "os confins interpretativos devem ser estabelecidos a partir não da topografia das definições legislativas, mas da diversidade axiológica dos bens jurídicos que pretende tutelar". Sobre esse tema consultar especialmente Marques (2005, p. 11-82).

26 A expressão filtragem constitucional é utilizada por Schier (1999).

Não é demais frisar que o conteúdo do Código de Defesa do Consumidor nasceu inspirado por diretrizes constitucionais, a teor do art. 5º, XXXII (promoção da defesa dos consumidores), art. 170 (conforme os ditames da justiça social) e art. 48 do ADCT[27].

De fato o CDC inaugurou uma nova era do direito privado brasileiro, notadamente no que toca aos contratos. Ainda que se tratasse de lei aplicável às relações de consumo, os seus arts. 17 e 29 faziam extrapolar o seu campo de incidência, na proteção de pessoas que não gozam da condição de consumidor, com a prevalência das relações existenciais sobre as patrimoniais (TEPEDINO, 2005, p. 9-11), não obstante opiniões contrárias ao entendimento ampliativo desses dispositivos. Além desse relevante aspecto, há de ressaltar também que, ainda que de forma tardia, o CDC acabou resgatando a boa-fé objetiva, introduzindo-a efetivamente no ordenamento jurídico nacional.

Contemplada no CDC em dois artigos[28], com funções distintas, ora como princípio, ora como cláusula geral, a boa-fé objetiva tem a mesma essência: uma relação jurídica honesta, proba, transparente e de cooperação.

A seu tempo, o atual Código Civil, não obstante as inúmeras críticas, cujo conteúdo não há espaço para tratarmos aqui, também oxigenou o direito contratual ao consolidar expressamente a função social do contrato, a boa-fé objetiva e o necessário equilíbrio econômico do contrato, fundamentos que demonstram o caminho a ser trilhado na construção de uma nova hermenêutica em matéria contratual, capaz de responder às novas necessidades.

Resta claro, então, que aos três principais fundamentos da teoria contratual clássica (autonomia privada, *pacta sunt servanda* e relatividade dos contratos), aplicáveis a qualquer contrato, ombreiam-se a boa-fé objetiva, a função social do contrato e o equilíbrio da relação contratual. Esses três últimos não excluem

27 Veja-se o estudo de Miragem (2002, p. 111 - 132).

28 "Art. 4º. A Política Nacional de Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria de sua qualidade de vida, bem como a transferência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:
[...]
"III – harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170 da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores;
"Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:
[...]
"IV – estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a eqüidade".

os três anteriores; em época de hipercomplexidade, os fundamentos não se excluem, se acrescentam (AZEVEDO, 2004, p. 137-147).

Como sucintamente exposto, se há necessidade de uma nova visão do direito, resultado da torrente de alterações da sociedade contemporânea, vista sob o prisma do direito contratual, a legislação vigente demonstra caminhos a dar cabo das principais indagações e reflexões a serem feitas. Não estamos, com este ponto de vista, defendendo a suficiência do plexo normativo vigente para solução de todos os problemas da atual realidade, até porque boa parte destes já dizem respeito a relações jurídicas produzidas a distância (Internet) ou, de forma desmaterializada e desterritorializada[29], cuja previsão legal específica ainda inexiste. No entanto, não se pode deixar de reconhecer enormes avanços, que animam os estudos sobre teorias e modelos contratuais contemporâneos.

3 Da proliferação das modalidades contratuais à estandardização

As inúmeras fórmulas contratuais resultantes da multiplicação das relações interpessoais e complexas superam o velho conceito individualista e assumem relevância coletiva à medida que os métodos de produção, advindos da flexibilização dos meios produtivos e do processo de modernização dos parques industriais, aumentaram significativamente o número de bens à disposição dos cidadãos além do surgimento de novas formas de prestação de serviços.

Proliferam assim, nesta realidade, novas modalidades de vínculos contratuais que, devido à forma com que são constituídos, carecem de regulação para evitar os abusos a que estão expostos os contratantes mais fracos, como se abordará a seguir.

3.1 Novos fenômenos contratuais: contratos de adesão, distrato por adesão, condições gerais de contratação, contratos relacionais e as redes contratuais

Nessa quadra do ensaio tentar-se-á, de forma breve e objetiva, identificar alguns fenômenos contratuais detectados no decorrer do século XX. Ainda

29 Sobre esse tema consultar Marques (2004).

que um deles, o contrato de adesão, já tenha sido identificado por Raymond Saleilles em 1901, citado por Ripert (1937, p. 188), reputamos necessária uma abordagem, mesmo que sucinta, acerca de seus fundamentos, já que se tornaram a regra geral quando se fala em contratação na sociedade de massa.

3.1.1 Contratos de adesão

Nessa forma de contratação uma das partes se obriga a aceitar as cláusulas estabelecidas pela outra, em bloco, aderindo a uma situação contratual que se encontra definida em todos os seus termos (GOMES, 2000, p. 109).

O negócio jurídico é celebrado na base do "pegar-ou-largar". Como observa Georges Ripert (1927, p. 102),

> [...] adesão não é consentimento. Consentir num contrato é debater as suas cláusulas com a outra parte depois duma luta mais ou menos dura, cuja convenção traduzirá as alternativas.

Aderir é submeter-se ao contrato estabelecido e submeter a sua vontade protestando no íntimo contra a dura lei que lhe é imposta.

A ressalva é pertinente, porquanto nesse tipo de contrato, em que inexiste possibilidade de negociação substancial de conteúdo, nota-se a flagrante condição de desigualdade entre o proponente e a massa anônima e dispersa do público, forçada a aceitar a imposição do conteúdo, sem, contudo, na maioria das vezes, ter a percepção clara quanto ao seu significado[30] jurídico e econômico (TELLES, 1997, p. 91-92).

Demais disso, é perceptível que a contratação nessas condições, se não anula, reduz brutalmente a liberdade de contratar, o que agrava a situação de contratação naqueles casos cujo objeto contratual diz respeito a produtos e serviços essenciais, nos quais o horizonte de escolha do aderente pelo parceiro contratual encontra-se substancialmente reduzido (STIGLITZ, 1995, p. 5-7).

É indiscutível que a forma contratual estandardizada oferece, em função da rapidez com que podem ser celebrados os contratos, a vantagem de

30 Nos referimos aqui às cláusulas que expressamente fazem parte do contrato apresentado ao aderente e não às chamadas *cláusulas desconhecidas*, de conteúdo expresso em outros instrumentos contratuais, a que são remetidas pelas chamadas cláusulas de reenvio (STIGLITZ, 2005, p. 261).

uma forte economia de meios à medida em que se dispensa a preparação, a discussão de cláusulas contratuais e a redação de contratos um a um.

Ademais, é de se convir que, nessa forma de contratação, acaba-se provocando a racionalização da transferência de bens de consumo na sociedade, indistintamente, ou seja, sem diferenciação entre os consumidores, e permite-se aos empresários a homogeneização de suas estratégias de condução de seus negócios, em função da necessidade de adaptação à nova realidade da sociedade de consumo[31].

Se por um lado a estandardização do contrato trouxe as vantagens acima apontadas, por outro é inescondível que esta prática possibilita e, a bem da verdade, potencializa os abusos por parte daquele que confecciona o contrato posto à disposição do aderente.

Por isso, são necessárias, tendo em vista as mudanças sociais, algumas formas de controle do conteúdo contratual. Com efeito, não se pode negar a situação de inferioridade do aderente. Todavia, a norma jurídica, diante dessa disparidade, busca equilibrar essa relação contratual tutelando a dignidade do contratante. O CDC, em seu art. 54, dispõe acerca dos contratos de adesão, impondo deveres de conduta àquele que impõe o contrato, tais como: redação em termos claros com caracteres ostensivos e legíveis, bem como redação destacada das cláusulas limitadoras de direitos do aderente.

No mesmo estatuto, no Capítulo VI, que trata da proteção contratual (art. 47), também está imposta a conduta de interpretação contratual, ao dispor que as cláusulas contratuais serão sempre interpretadas de forma mais favorável ao consumidor.

Esse dever de interpretação resulta da nova realidade contratual de massa, norteado pelo princípio da boa-fé objetiva e pela função social do contrato (que nas relações de consumo pode ser inferida em função da Constituição da República), reconhecendo-a como uma tendência irreversível e, ao mesmo tempo, procurando resguardar direitos do consumidor, em regra, parte mais frágil na relação contratual.

No anterior Código Civil (1916), não havia qualquer remissão a essa modalidade contratual. O atual Código Civil (2002), reforçando o já disposto no CDC, estabelece que, sempre que houver cláusulas contratuais ambíguas ou contraditórias, a interpretação se dará mais favoravelmente ao aderente,

31 Alvim (1996, p. 26), Marques (2002, p. 58), Roppo (1998, p. 313 - 314), Telles (1997, p. 91) e Lôbo (1991, p. 18).

nos termos do art. 423. Serão nulas, ainda, as cláusulas que importem em renúncia antecipada a direito do aderente, a direito resultante da natureza do negócio jurídico, nos termos do art. 424 do novo estatuto.

Vale observar que a abrangência do atual Código Civil é mais ampla porque seu conteúdo se aplica a todas as relações jurídicas e não só a relações jurídicas de consumo, como basicamente ocorre com o CDC.

Acrescente-se, também, que o CDC exerceu fortíssima influência na interpretação dos contratos civis na vigência do Código Civil de 1916, a teor do disposto no art. 29 daquele código, tendo em vista que no vetusto Código Civil de 1916 os dispositivos aplicáveis não contemplavam a boa-fé objetiva[32].

Como se vê, existe uma regra geral de interpretação de cláusulas contratuais em contratos de adesão tanto no CDC quanto no atual Código Civil, segundo a qual, sempre que o conteúdo destas não for suficientemente de clara interpretação, esta se dará da forma mais favorável ao aderente. Associadas a elas, temos a boa-fé objetiva e a função social do contrato[33].

3.1.2 Distrato e transação por adesão

As partes contratantes podem resilir o vínculo contratual. Quando esta resilição se dá de forma bilateral, temos o que se denomina distrato. A questão envolvendo o distrato por adesão pode soar estranha tendo em vista o que afirmamos logo acima: o estreitíssimo, quando muito, espaço negocial por parte daquele que adere ao conteúdo contratual. No entanto, a prática, mais uma vez, demonstra que tal hipótese ocorre com relativa freqüência. Não raras vezes nesses casos, o trabalhador aderente se vê obrigado, para se desobrigar do vínculo contratual, a abrir mão de alguns direitos que somente lhe seriam conferidos após uma longa e árdua batalha judicial. Queremos nos referir aqui, especialmente, aos contratos de trabalho rescindidos por ocasião de planos de demissão voluntária instituídos por empresas estatais.

Com a pressão exercida sobre o Estado para que ele diminua seu tamanho, retirando-se de atividades que, segundo o *Consenso de Washington*, não lhe são inerentes, temos verificado os processos de privatização dessas empresas estatais, ou até mesmo a restrição de suas atividades a

32 Tratamos deste tema com mais vagar no nosso: *Teoria contratual contemporânea*: função social do contrato e boa-fé. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

33 Veja-se, sobre as *diretrizes interpretativas da função social do contrato* em Miragem (2005, p. 22-45); Gomes (2003, p. 597-612).

determinados setores, *v.g.* os bancos estatais. Nesse processo, tanto numa hipótese quanto noutra, haverá a diminuição no número de funcionários, todos eles admitidos por meio de concursos públicos.

Para que o objetivo seja atingido – o enxugamento da máquina estatal – estas empresas instituem os planos de demissão voluntária, nos quais são conferidos aos funcionários os pagamentos das verbas rescisórias acrescidas de um valor a título de estímulo de adesão ao plano.

Ocorre que, para que a demissão se dê nessas circunstâncias, o funcionário deve aderir a um termo formal em que ele reconhece a plena quitação de todas as verbas trabalhistas, nada mais tendo a reclamar. É modalidade contratual múltipla: onde se verifica traços do distrato (na dissolução do vínculo de emprego) e da transação (na qual o trabalhador dá como plena a quitação de qualquer obrigação derivada da relação de emprego, nada mais tendo a reclamar).

Na maioria dos casos, temos presenciado situações em que o funcionário acaba aderindo ao plano sem que lhe sejam pagas as horas trabalhadas extraordinariamente, somente para citar o exemplo mais comum. A empresa pública ao ser acionada na justiça trabalhista alega que os direitos foram transacionados, nada mais devendo ao funcionário.

Diante do caso concreto, é facilmente verificável que:

a) muitos funcionários aderem ao programa tendo em vista a privatização ou a redução da atividade setorial da empresa, o que implica iminente risco de demissão ou estagnação profissional, caso permaneça na empresa;

b) os funcionários são expostos a uma forma de transação por adesão, no melhor estilo “pegar-ou-largar”, o que lhes restringe substancialmente o poder de negociação;

c) a questão envolvendo as complexidades relativas a um processo de demissão individualizado se resolvem em favor da empresa, já que a negociação se dá em número expressivo de funcionários, segundo um só conjunto de cláusulas-regras;

d) há substancial diminuição de risco de ações judiciais futuras, o que implica, no curto prazo, elevada diminuição de provisionamento de passivos trabalhistas no balanço dessas empresas, melhorando seus resultados e tornando-as mais atraentes em caso de privatização. Esse é quadro abreviado do entorno dessa relação (dis)contratual desigual.

É consabido que o direito trabalhista guarda características próprias em função de sua legislação específica e dos direitos emanados a partir da Constituição da República.

Nada obstante, também é consabido que as normas de Direito Civil e direito processual civil se aplicam de forma subsidiária às normas trabalhistas, com o devido sopesar considerando o bem jurídico tutelado: o direito do trabalhador. Assim, no caso analisado, estamos diante de uma circunstância que abarca os fundamentos do Direito Constitucional, do Direito Trabalhista e da *teoria contratual contemporânea* (Direito Civil), razão pela qual optamos por abordá-lo[34].

A transação encontra disposição legal no Código Civil.

Essa lei trata de regular a relação jurídica entre particulares, permitindo que sejam transacionados direitos disponíveis.

A mesma lei possibilita aos contratantes a renúncia a direitos de natureza patrimonial, já que a autonomia privada ainda vigora.

Assim, com base no Código Civil, poderiam os transatores realizar ajustes negociais segundo os seus interesses, manifestados segundo a sua autonomia negocial.

Não se pode olvidar, como bem salienta Aldacy Rachid Coutinho (2003, p. 168),

> o trabalho é salário, mas salário não é tudo; trabalho sempre será um processo de identificação dos momentos de reprodução social, reinventada a cada momento e a conquista de condições dignas de vida expressas em direitos.

Nesse passo, o trabalhador não perde a condição de parte mais fraca, cuja tutela da dignidade exige reforços hermenêuticos materializando os dispositivos constitucionais, também na relação de distrato e transação desencadeada pelos planos de demissão voluntária.

34 Da mesma forma como as ciências tendem a se isolar, na própria ciência jurídica há uma tendência à compartimentação dos ramos do direito. Quando muito se fala em interdisciplinaridade, porém, como ensina Morin (2003, p. 136-138), a "interdisciplinaridade controla tanto as disciplinas como a ONU controla as nações. Cada disciplina pretende primeiro fazer reconhecer sua soberania territorial, e, à causa de algumas magras trocas, as fronteiras confirmam-se em vez de desmoronar. Portanto, é preciso ir além, e aqui aparece o termo 'transdisciplinaridade'. [...] Precisamos, portanto, promover uma nova transdisciplinaridade [...]. O paradigma que denomino simplificação (redução/separação) é insuficiente e mutilante. É preciso um paradigma de complexidade, que, ao mesmo tempo, separe e associe, que conceba os níveis de emergência da realidade sem os reduzir às unidades elementares e às leis gerais".

No complemento, a professora paranaense acrescenta, ao tratar da hipossuficiência do trabalhador, que tal reconhecimento se traduz mais em "garantia do cidadão-trabalhador diante do poder diretivo do empregador-poder de comandar, normativo, de fiscalizar, punitivo; um poder quase absoluto que o caracteriza na contratualidade, agasalhado juridicamente e não legislado, de forma a permanecer intocável", do que em mero reconhecimento de desigualdade dos sujeitos na relação de emprego (COUTINHO, 2003, p. 168).

Esse mesmo poder é maximizado na forma como o distrato/transação é realizado.

Se o contrato de trabalho e o distrato/transação redundam de acordo de vontades, a adesão a estes planos de demissão, na forma desigual aqui exposta, equipara o bem jurídico tutelado a qualquer outra troca mercantil.

Releva observar, ainda nesse passo, que no Direito do Trabalho as normas de incidência têm natureza imperativa, não permitindo aos transatores afastá-las, ressalvadas aquelas hipóteses legalmente previstas.

Note-se que mesmo aqueles direitos de natureza essencialmente patrimonial, *v.g.* contribuições previdenciárias e contribuições ao FGTS, não estão na esfera de disponibilidade na relação jurídica empregado-empregador, a despeito do que ocorreria numa relação jurídica regida puramente pelo Código Civil[35].

A natureza imperativa da lei trabalhista, associada à indisponibilidade de direitos trabalhistas, dá suporte ao princípio da irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas, a teor do disposto no art. 9º da Consolidação das Leis do Trabalho. Como se pode notar, a lei trabalhista, a exemplo do que ocorre com a lei consumerista, busca proteger de todas as formas a parte mais frágil na relação contratual de emprego, tendo em vista o já apontado poder naturalmente detido pelo empregador.

Diante dessas considerações, a irrogada transação não pode surtir todos os efeitos jurídicos como querem fazer crer os empregadores que a oferecem aos seus empregados.

Nesses casos, a transação, instituto de Direito Civil, deve ser interpretada segundo os temperamentos da *teoria contratual contemporânea* e do

35 Ainda que por mera hipótese a questão fosse regulada pelo atual Código Civil, acreditamos que essa lei seria suficiente a dar suporte à impossibilidade de transação de direitos no caso apresentado, nomeadamente em função da filtragem hermenêutica imposta pelo art. 6º da Constituição da República.

Direito Trabalhista, sem olvidarmos, em primeiro plano, dos arts. 6º e 7º da Constituição da República.

É que no âmbito do direito contratual contemporâneo não mais importa se perquirir apenas acerca da manifestação do consentimento, e sim há de se perquirir prioritariamente acerca da justiça da troca, impondo concluir que a problemática da equivalência das causas supera a problemática do consentimento (MACEDO JÚNIOR, 1998b, p. 108).

Para finalizarmos este tópico, é imperioso registrar que o Tribunal Superior do Trabalho vem decidindo parcialmente dessa forma. É que a eficácia plena da transação, segundo o entendimento do pretório, somente vem sendo afastada nas hipóteses em que o instrumento de resilição lavrado não discriminar detalhadamente as obrigações quitadas.

Ousamos discordar desse entendimento. As condições dessa (des) contratação, já observamos, não permitem ao trabalhador que adere ao plano de demissão voluntária interferir em nenhum dos seus termos.

3.2 Condições gerais de contratação

Por condições gerais de contratação entende-se o rol de cláusulas contratuais elaboradas prévia e unilateralmente para um número indeterminado de contratos, o qual não se encontra necessariamente inserido no conteúdo do contrato no momento da sua celebração (MARQUES, 2002, p. 59) para serem aceitas em bloco, sem negociação individualizada ou possibilidade de alterações singulares (SÁ, 2001, p. 212).

Fadadas a um quadro negocial padronizado, as condições gerais de contratação remetem-nos a uma valoração a ser feita tendo como referência não o contrato singular ou as circunstâncias do caso, e sim o tipo de negócio em causa e os elementos que normativamente o caracterizam, no interior de um regulamento contratual genericamente disposto (SÁ, 2001, p. 213 e 259).

É que essas condições visam buscar padronização diversa daquela obtida pela proliferação dos contratos de adesão: enquanto nestes o aderente se vê completamente exposto ao arbítrio do proponente[36], naquele ambos os contratantes se vêem submetidos a um regramento geral.

36 Note-se que a regulamentação européia sobre o assunto (Diretiva 13/93) visa estabelecer condições justas de contratação, afastando a utilização de cláusulas abusivas na relação jurídica estabelecida entre o consumidor e um profissional (art. 1º).

Por isso as condições gerais de contratação buscam regular as formas de contratação em massa, controlando, assim, o conteúdo do contrato[37].

Independentemente de o conteúdo do contrato celebrado conter expressamente essas cláusulas, a relação jurídica estará submetida a tais condições. Podem as cláusulas derivar, ainda, como acentua Mario Almeida da Costa (1980, p. 85),

> de recomendação ou associações profissionais ou empresariais do mesmo ramo ou setor, as que nascem de estipulação bilateral de representantes dos grupos interessados no tipo de relações contratuais em causa, ou, ainda, as confiadas à redação de terceiro, a título de mediador.

Outro aspecto fundamental diz respeito ao conhecimento de tais cláusulas, sob pena de o aderente não se ver obrigado ao cumprimento do contrato. Claudia Lima Marques (2002, p. 62) elucida tal situação, afirmando

> que não basta que o fornecedor determine ao seu departamento jurídico que elabore uma lista de cláusulas ou condições gerais e estas fiquem nas mãos do gerente da loja para que desta vontade unilateral do fornecedor se originem direitos e deveres para os futuros contratantes.

Não é suficiente, também, somente a informação; torna-se necessário, por força do art. 46 do CDC, que o aderente tenha plena ciência do sentido e alcance das disposições contratuais.

O Capítulo VI do CDC tratou de regular a forma como tais cláusulas serão inseridas de modo que o aderente firme relação jurídica consubstanciada na certeza de que a outra parte deverá agir de forma transparente.

Do exposto, é de se concluir que as condições gerais de contratação encontram no ordenamento jurídico pátrio, com aproximação à proposta européia, regramento apenas no CDC[38]. Entretanto, isso não significa es-

37 Em Portugal o Dec. Leg. n. 249/99, ato legislativo que efetivou a transposição da Diretiva 13/93/CEE, estende-se também às cláusulas inseridas em contratos individualizados, a cujo conteúdo previamente elaborado o destinatário não pode influenciar.

38 Não se pode deixar de reconhecer, ainda, a função desempenhada pelas Agências Reguladoras segundo as atribuições previstas em leis que regulam determinados setores da economia. Por suas resoluções e outros atos administrativos, também introduzem, em determinados casos, condições gerais de contratações de serviços. Veja-se, por exemplo, a Resolução n. 85/1998 da Anatel, que em seu art. 61 dispõe que as concessionárias, no caso de ligações realizadas dentro do território nacional há mais de 90 dias, contados da realização da ligação, impede a cobrança via fatura, devendo a dívida ser objeto de negociação entre o consumidor e a concessionária. Temos outro exemplo na Resolução Normativa n. 44/2003 da ANS, que proíbe os hospitais de exigirem qualquer tipo de caução para atendimento de consumidores que tenham contratos com operadoras de planos de saúde.

tagnação legislativa, porquanto o art. 51 do referido estatuto, que trata das cláusulas abusivas (espécies de condições gerais de contratação)[39] encontra oxigenação nas portarias editadas anualmente pela Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça em razão do permissivo constante do art. 56 do Decreto n. 2.181/97. Ao definir anualmente cláusulas contratuais abusivas, essas portarias acabam explicitando algumas condutas contratuais condenáveis e, por conseqüência, aditam o rol exemplificativo do art. 51 do CDC, especificando essas práticas[40]. Pelo mesmo expediente pode a SDE particularizar determinadas hipóteses previstas no rol das práticas comerciais abusivas[41].

Como mais uma conseqüência da sociedade de massa, o controle das condições gerais de contratação, seja por meio de regulamento administrativo, seja por lei, seja por controle jurisdicional, reclama do Estado o intervencionismo indireto, ou dirigismo (LÔBO, 1991, p. 11), visto que não há buscar a justiça contratual sem que sejam impostas regras claras que minimizem a desigualdade na relação entre contratantes.

3.2.1 Aspectos interessantes na Diretiva 93/13[42] da Comunidade Européia: controle de cláusulas contratuais abusivas e a base CLAB

Dentre vários aspectos importantes que compõem a política de controle de cláusulas abusivas buscando proteção aos consumidores dos Estados

39 Assim Nelson Nery Junior (apud GRINOVER, 2004, p. 514).

40 Portarias n. 4/1998, 3/1999, 3/2001 e 5/2002.

41 Exemplo disso é a Portaria n. 7/2003, que considera prática comercial abusiva, para efeitos de fiscalização por órgãos públicos de defesa do consumidor, a interrupção da internação hospitalar em leito clínico, cirúrgico ou em centro de terapia intensiva ou similar, por motivos alheios às prescrições médicas.

42 Com o advento da Diretiva 93/13, da Comunidade Européia, buscou-se a aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados Membros relativas às cláusulas abusivas em contratos celebrados entre profissionais e consumidores (art. 1°). Para efeitos desta Diretiva, cláusulas abusivas são aquelas que não tenham sido objeto de negociação individual, sendo consideradas abusivas quando, a despeito da exigência de boa-fé, derem origem a um desequilíbrio significativo em detrimento do consumidor, entre os direitos e obrigações das partes decorrentes do contrato (art. 3°). A transposição do texto comunitário para a ordem jurídica interna de cada Estado Membro terminou em maio de 1998. A Itália efetuou a transposição para o seu Código Civil, outros Estados Membros, como Alemanha, Portugal e Espanha, o fizeram alterando as leis anteriores que regulavam as condições gerais de contratação, havendo, aqueles que optaram por alterar a sua legislação consumerista (Luxemburgo, Reino Unido e Bélgica) e aqueles, ainda, que optaram por uma nova lei (França). Para um apanhado geral acerca da transposição tardia e incompleta da Diretiva, com observações particularizadas das suas dificuldades consultar o *Relatório da Comissão sobre a aplicação da Diretiva 93/13/CE do Conselho, de 5-4-1993 relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores* (Bruxelas, 27-4-2002,

Membros da Comunidade Européia (Diretiva 93/13/CEE), dois merecem destaque, tendo em vista a abordagem escolhida neste ensaio: a questão relativa ao controle das cláusulas contratuais e a questão relativa à formação de uma base de dados (base CLAB) na qual consta o repertório de jurisprudência[43] das cláusulas abusivas. Ambas as questões serão brevemente explanadas a seguir.

3.2.1.1 Controle de cláusulas contratuais abusivas

Além do controle judicial do conteúdo contratual, por ocasião do acionamento por parte do aderente, a Diretiva 93/13/CEE[44] impõe o controle abstrato das condições gerais de contratação[45].

Essa forma de controle se destina a erradicar do tráfico jurídico as condições gerais iníquas, independentemente de sua efetiva inclusão em contratos singulares (SÁ, 2001, p. 78).

Com efeito, a Diretiva 93/13/CEE impõe a todos os Estados Membros, em prol do interesse dos consumidores e dos profissionais concorrentes, a existência de meios adequados e eficazes para pôr termo à utilização das cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores por um profissional (art. 7º).

Para tanto, deverão ser criadas possibilidades de legitimação processual amplas, habilitando pessoas ou organizações que detenham interesse legítimo na defesa do consumidor, diante de tribunais ou órgãos administrativos competentes para decidir se determinadas cláusulas contratuais, redigidas com vista a uma utilização generalizada, têm ou não um caráter abusivo, e para aplicar os meios adequados e eficazes para pôr termo à utilização dessas cláusulas.

COM (2000) 248 final). Ainda para uma boa noção acerca das dificuldades e complexidades na unificação do direito contratual na Comunidade Européia consultar também Alpa (1998, p. 1.015 - 1.030) *Primeiro Relatório Anual sobre os progressos obtidos em matéria de direito europeu dos contratos e revisão do acervo* (Bruxelas, 23-9-2005. COM (2005) 456 final); COLLINS, Hugh. *The voice of comunity in private law discourse*, p. 407-421.

43 A categoria jurisprudência aqui deve ser entendida como qualquer aplicação concreta da Diretiva 93/13/CEE, não só por decisões ou acordos judiciais, como também por decisões administrativas, acordos voluntários e decisões arbitrais.

44 Este controle já era permitido pela lei portuguesa antes do advento da Diretiva 93/13/CEE.

45 No Brasil, o Código de Defesa do Consumidor na versão aprovada pelo Congresso Nacional previa no § 3º do art. 51 o controle abstrato e preventivo das cláusulas contratuais por meio do inquérito civil. Esse parágrafo foi vetado pelo Presidente Fernando Collor de Mello. No entanto, afirma Nelson Nery Junior, este controle abstrato não está inviabilizado tendo em vista o inquérito civil que antecede a ação civil pública, prerrogativa institucional do *Parquet*, regulado pela Lei n. 7.347/85, aplicável à legislação consumerista por menção expressa de seu art. 90 (GRINOVER, 2004, p. 515 e 592-593).

A Diretiva 98/27/CE, de 19-8-1998, trata exclusivamente das ações inibitórias e busca aproximar as disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados Membros para a proteção dos interesses coletivos dos consumidores incluídos em outras diretivas[46], assim como visa garantir o bom funcionamento do mercado interno (art. 1º).

Essas ações buscam fazer com que aqueles que utilizam cláusulas abusivas acabem por se abster dessa prática.

Aqui vale esclarecer que em vários Estados Membros da Comunidade Européia é comum os órgãos de classe, câmaras de comércio, entre outros, elaborarem as condições de contratação de determinados setores da economia.

Daí serem as ações inibitórias, muitas vezes, dirigidas diretamente a esses órgãos buscando alcançar o maior número possível de profissionais que contratam com os consumidores europeus.

Releva observar, ainda, que estão abrangidas por essa forma de controle também as cláusulas substancialmente equiparáveis àquelas já consideradas abusivas.

Como bem observa Almeno de Sá (2001, p. 79), nessa forma de controle abstrato obtém-se uma tutela institucional,

> autorizando a fiscalização judicial de cláusulas sem que se torne necessária a sua utilização concreta em qualquer negócio jurídico, o que, todavia, se vai refletir, ainda que indiretamente, nas relações contratuais singulares.

A legitimidade processual ativa para controle abstrato de condições gerais de contratação é detida, conforme a legislação nacional do Estado Membro, pelo Ministério Público, associações de defesa dos consumidores e outras entidades coletivas que tenham entre suas atribuições a defesa de contratantes. Podem ser equiparadas ao Ministério Público, outras instituições nos Estados Membros da CEE, cujas finalidades e justificativas de ser, se identificam na defesa dos consumidores promovida por algum órgão "estatal".

46 Diretiva 84/450/CEE do Conselho, de 10-9-1984 (publicidade enganosa); Diretiva 85/577/CEE do Conselho, de 20-12-1985 (contratos negociados fora dos estabelecimentos comerciais); Diretiva 87/102/CEE do Conselho, de 22-12-1986 (crédito ao consumo); Diretiva 89/552/CEE do Conselho, de 3-10-1989 (atividades de radiodifusão televisiva); Diretiva 90/314/CEE do Conselho, de 13-6-1990 (viagens organizadas, férias organizadas, férias organizadas e circuitos organizados); Diretiva 92/28/CEE do Conselho, de 31-3-1992 (publicidade dos medicamentos para uso humano); Diretiva 93/13/CEE do Conselho, de 5-4-1993 (condições gerais de contratação); Diretiva 94/47/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26-10-1994 (*time-sharing*).

É o caso, por exemplo, do *Ombdusman* nos países nórdicos e do *Office of Fair Trading* no Reino Unido[47].

3.2.1.2 A base de dados CLAB

Evidentemente que para o efetivo controle das cláusulas abusivas no âmbito da Comunidade Européia[48], necessária é a adoção de um local comum para que todos os Estados Membros adquiram uniformidade de decisões e de práticas contratuais anti-abusivas. Como frisa Guido Alpa (1998, p. 1.020-1.021), "não é suficiente somente a circulação de modelos jurídicos formais; é necessária também a circulação de 'práticas' contratuais e comerciais, e a circulação de modelos de decisões".

Em termos concretos, a União Européia adotou uma base de dados (CLAB), cujo conteúdo está disponível na Internet[49]e pode ser pesquisado de duas formas:

a) por meio de *checkboxes*, em que estão disponibilizados alguns critérios de busca previamente dispostos (ex: tipo de contrato, setor econômico, circunstâncias contratuais mais corriqueiras – como lealdade, acesso à justiça, *performance*, etc.);

b) por meio de palavras-chave que podem ser livremente digitadas.

47 Cf. *Relatório da Comissão Sobre a Aplicação da Directiva 93/13/CE do Conselho, de 5-4-1993 relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores* (Bruxelas, 27-4-2002, COM (2000) 248 final, p. 27. Vale ressaltar a experiência do Reino Unido, onde o *Office of Fair Trading* juntamente com uma associação que representa 85% do setor de locação e *leasing* de veículos, elaborou um novo contrato de adesão, revelando um controle *a priori* das condições contratuais. Os índices de acordos coletivos variam conforme o Estado Membro. Na Suécia, por exemplo, em função de negociações realizadas em setores específicos, o número de decisões proferidas pelos tribunais diminuiu significativamente.

48 Não só no que diz respeito às cláusulas abusivas, a União Européia vem realizando um trabalho de sistematização de resultados internos o qual visa maior homogeneidade de tratamento e fluidez de informações relevantes. No que diz respeito à segurança geral de produtos postos no mercado de consumo, a União Européia adotou um sistema de alerta rápido para os produtos que representem grave risco aos consumidores, no qual os Estados Membros informam imediatamente eventuais ocorrências à Comissão por meio do Sistema de Troca Rápida de Informação (RAPEX) entre os Estados Membros e a Comissão, cujo acesso pode, aliás, ser alargado aos países candidatos a membros da comunidade. Para detalhamento do sistema, consultar a Diretiva 2001/95/CEE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 3-12-2001, relativa à segurança geral dos produtos e as Decisões 1999/815/CE da Comissão, de 7-12-1999, que adota medidas de proibição da colocação no mercado de brinquedos e artigos de puericultura destinados a ser introduzidos na boca por crianças com menos de três anos de idade, fabricados em PVC maleável que contenha ftalatos, e 2004/418/CE da Comissão, de 29-4-2004, que estabelece orientações relativas à gestão do sistema comunitário de troca rápida de informação (RAPEX).

49 Disponível em: <https://adns.cec.eu.int/CLAB/SilverStream/Pages/pgHomeCLAB.html>. Acesso em 20 dez. 2005.

São indiscutíveis as vantagens advindas da *base CLAB*, especialmente considerando que as decisões lá armazenadas decorrem de casos submetidos a processos judiciais, administrativos e de arbitragem.

No caso de Portugal, apenas para citar o exemplo do sistema de informações adotado por um dos Estados Membros, os tribunais que apreciam a abusividade das cláusulas, se esse for o caso, têm a obrigação de notificar o Gabinete para as Relações Internacionais, Européias e de Cooperação, informando a decisão, transitada em julgado, que tenha proibido o uso ou a recomendação de cláusulas contratuais gerais ou que declare a nulidade de cláusulas inseridas em contratos singulares[50].

À primeira vista, o modelo parece perfeito, no entanto, somente para se estudar as dificuldades existentes em Portugal, afirma Viriato Ferreira de Castro (2005),

> a sua fonte é de difícil descobrimento e a sua organização deficiente; a sua apresentação é decididamente pouco apelativa, não havendo nos portais de busca *on-line* mais utilizados referências a tal serviço; não há garantia alguma de que o registro seja exaustivo; a confusão entre decisões vertidas em ações inibitórias e decisões proferidas no âmbito das ações individuais é gritante.

Como se percebe, a implantação desse sistema de controle de cláusulas abusivas na Comunidade Européia, trilhado já um significativo caminho (previsão legal e implantação), é complexa e merece nossos olhares para as soluções e para os problemas lá detectados, como, aliás, fizemos por ocasião dos estudos preliminares que inspiraram o anteprojeto do nosso Código de Defesa do Consumidor[51].

As dificuldades de implantação da base CLAB, como de resto ocorre em outros setores que estão sendo gradativamente uniformizados, não se mostram hábeis à rejeição da idéia.

Em nosso país não existe tal proposta, porém não podemos deixar de registrar que as portarias da SDE se baseiam, não raras vezes, em matéria pacificada no Superior Tribunal de Justiça em julgamentos que tratam de direito consumerista.

Longe de ser uma base de dados, é, certamente, um instrumento de referência extremamente útil e de pouco conhecimento dos operadores

50 Art. 34 do Dec. Leg. n. 446/85. Portugal adota, ainda, a sua base de dados de cláusulas abusivas, disponível na Internet: http://www.dgsi.pt/gdep.nsf.

51 Sobre os debates e estudos que antecederam o anteprojeto do CDC consultar Grinover (2004, p. 1 - 3).

jurídicos que militam na área, tanto na realidade do foro quanto na realidade acadêmica. Muito pouco se tem escrito sobre esses instrumentos.

No território brasileiro, nada impede que as associações de defesa de consumidores adotem, de forma centralizada, uma base de dados idêntica.

Tal medida não teria, pelo menos até que surja uma lei regulando essa hipótese, o condão de afastar do ambiente comercial as cláusulas judicialmente já reconhecidas como abusivas.

Também o Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (Ministério da Justiça), a exemplo do que já ocorre no seu Sistema Nacional de Informações de Defesa do Consumidor (Sindec), o qual informa aos consumidores, via Internet[52], quais os fornecedores que tiveram contra si reclamações em Procons de todo o país[53], poderia implantar uma base de dados armazenando julgados que tratassem de cláusulas abusivas. Certamente essas duas alternativas, ou uma delas, serviriam como um provedor de soluções judiciais em determinadas circunstâncias e poderiam contribuir substancialmente para o aperfeiçoamento da implantação da política de defesa dos consumidores, a teor do disposto no art. 4º do CDC, podendo essa forma de aprimoramento do direito de informação ser incluída entre os chamados direitos do consumidor de segunda geração[54].

Atualmente nos deparamos com o avanço tecnológico de inúmeros tribunais pátrios que disponibilizam *on-line* seu acervo de jurisprudência e, além disso, por sua assessoria de imprensa, divulgam diariamente as decisões recentes mais relevantes.

Por que não, então, um só local armazenando todas as questões relativas às cláusulas abusivas?

Por que não irmos um pouco mais além, centralizando num só local as informações de todos os julgados em matéria de direito consumerista?

52 http://www.mj.gov.br/DPDC/sindec/sindec.html. Acesso em 21 fev. 2005.

53 O sistema encontra-se em fase de implantação, razão pela qual os consumidores de muitos Estados da Federação ainda não podem realizar a consulta *on-line* porque os Procons de apenas dez Estados estão integrados/conveniados ao sistema, sendo que outros quatro estão em fase de capacitação e um em fase preparatória.

54 A expressão foi utilizada por Antonio Herman Benjamin (*15 anos do CDC*: da elaboração à efetividade. Palestra proferida em 8-9-2005 no Congresso Internacional de Direito do Consumidor realizado em Gramado/RS. O jurista se referiu, consolidados os direitos do consumidor após 15 anos de CDC, a novas necessidades e proteções dos consumidores, de segunda geração, tais como: diálogo e cooptação de fontes legislativas, igualitarismo assimétrico, coordenação entre a política de defesa do consumidor e a da concorrência, super-endividamento, entre outros.

Cremos que isto seja algo a se pensar seriamente, acrescentando que tão-logo será esta uma necessidade premente se quisermos ver prosperar o direito consumerista de forma uniformizada no âmbito do Mercosul.

Aproveitando que estamos praticando um exercício hipotético, não podemos deixar de comentar a recente alteração do CPC pela Lei n. 11.277/2006, acrescentando o art. 285-A, nos seguintes termos:

> Art. 285-A. Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada.
>
> § 1º – Se o autor apelar, é facultado ao juiz decidir, no prazo de 5 (cinco) dias, não manter a sentença e determinar o prosseguimento da ação.
>
> § 2º. Caso seja mantida a sentença, será ordenada a citação do réu para responder ao recurso.

Supondo que existisse a previsão legal de uma base de dados do tipo CLAB, a questão relativa ao julgamento de ação judicial envolvendo apreciação de cláusula contratual, já reconhecida em outro processo judicial como abusiva e, supondo que houvesse lei reconhecendo a validade dessa base de dados, a questão poderia ser mais rápida e efetivamente resolvida em termos idênticos aos previstos no recente art. 285-A do CPC, sem nos descurarmos da utilidade das já existentes súmulas. Em vez de se utilizar julgamentos do juízo como referência, que podem ser equiparados por analogia (casos idênticos), utilizar-se-ia os casos armazenados na base CLAB como referência.

3.3 Contratos relacionais[55]

A teoria dos contratos relacionais tem como um de seus principais fundadores o norte-americano Ian Macneil[56], porém, neste breve estudo nos valeremos do posicionamento de Ronaldo Porto de Macedo Junior, o qual analisa com mais profundidade as questões relativas entre o poder, a solidariedade e a teoria relacional (MACEDO JUNIOR, 1998a, p. 147 e ss.),

55 Sobre esse tema ver, por todos Macedo Junior (1998a).

56 Ian Macneil, jurista e professor da Escola de Direito da Northwestern University of Chicago, reconhecido internacionalmente como autoridade em matéria de contratos e de arbitragem. Ao jurista norte-americano juntam-se os de origem européia, tais como, Hugh Collin, Thomas Wilhelmson e Patrick Selim Atyiah.

acrescentando que esse autor apresenta trabalho pioneiro no que diz respeito aos contratos relacionais de consumo.

O influxo de constantes mudanças em processos produtivos, relacionados a elementos constitutivos de produtos e serviços, conforme já abordamos acima, acabam impossibilitando a redução de incertezas e neutralização de riscos a níveis minimamente aceitáveis (FARIA, 2000, p. 207).

Essa constatação reflete intensamente na esfera de direitos dos consumidores, que, na verdade, são, ao mesmo tempo, alvo e os responsáveis pela manutenção e impulso dessa estrutura. Da necessidade de contratar determinados serviços contínuos, ao contrário do que acontecia até meados do século XX, em que se contratava basicamente de forma descontínua, surgem modalidades de contratação que se prolongam no tempo, tendo como uma das características a incomensurabilidade na equivalência de trocas projetadas para o futuro (MACEDO JUNIOR, 1998a, p. 160).

Nota-se assim que a relação contratual relacional obedece a uma dinâmica exógena, cuja influência torna-se inegável às partes contratantes, à medida que tal relação passa a ter fundamento em deveres de cooperação mútua e de boa-fé.

Em tais contratos, em que a adaptabilidade é uma das características, ocorre o que Ricardo Lorenzetti denomina desmaterialização do objeto contratual, pois não se trata de bens ou coisas, senão regras de procedimento de atuação, fazendo com que ao longo do processo de cumprimento do contrato essas regras se adaptem a determinadas circunstâncias (LORENZETTI, 2000, p. 51-78).

A forma com que essa adaptação se dá, queremos crer, é que será balizada, tendo em vista os deveres de cooperação recíproca, solidariedade, boa-fé, as condições de contratação e a posição dos contratantes, especialmente nos casos dos contratos de adesão, que tratam de importantes formas de prestação de serviços.

Fenômeno contratual decorrente da massificação das relações interpessoais, o contrato relacional[57] é resultado da proliferação de fórmulas contratuais de massa, visando ao fornecimento de serviços no mercado. Sua

57 Claudia Lima Marques (2002, p. 68 e ss.) prefere a denominação contratos cativos de longa duração, cunhada pela doutrina contratualista européia. José Eduardo Faria (2000, p. 208 e ss.) prefere a denominação contratos contínuos. Este último autor desenvolve a teoria contratual relacional com maior ênfase em contratos empresariais, não abordando, portanto, contratos de consumo.

principal característica é a criação de relações jurídicas complexas de longa duração, importando, em função dessa complexidade, em dependência dos clientes consumidores (MARQUES, 2002, p. 68).

Como observa Donald Nolan, o principal argumento que diferencia os contratos relacionais dos não-relacionais (descontínuos) é que aqueles partem da premissa segundo a qual a relação contratual deve responder a eventuais mudanças de circunstâncias, para que possa subsistir (NOLAN, 1996, p. 617) e, nesse contexto, os contratos de consumo cada vez mais passarão a estar protegidos, especialmente porque o desenvolvimento dessa relação jurídica será pautado por um dever de conduta guiado pela boa-fé (NOLAN, 1996, p. 618).

A relação contratual, assim vista, abandona a concepção (clássica) estática do contrato (LORENZETTI, 2000, p. 67) que o concebia como um instrumento que começa pelo consentimento dos contratantes e tem fim mediante a simples verificação de uma causa extintiva, para ser vista, a partir da constatação do fenômeno da sociedade de massa e de suas conseqüências, como efetivo instrumento de circulação de riquezas baseado na boa-fé, solidariedade e cooperação, importando deveres que vão para além daqueles expressamente previstos no pacto.

Cumpre observar, com Claudia Lima Marques (2002, p. 69),

> que o novo aqui não é a espécie de contrato (seguro, por exemplo), mas a sua relevância no contexto atual, a sociedade de consumo atual beneficia e fomenta estes serviços, considerados, então, socialmente essenciais, a necessitar uma nova disciplina.

Se no atual modelo de Estado (pós-moderno, globalizado, mínimo, etc.) este desenvolve cada vez menos as atividades que lhe eram inerentes no modelo do Estado do bem-estar, cresce abruptamente a procura dos consumidores por serviços básicos prestados pela iniciativa privada, na sua maioria contratados por adesão e de trato sucessivo, *v.g.* planos de saúde, previdência privada, ensino, etc.

Aos exemplos mencionados, podem ser acrescentados os contratos bancários, o de cartão de crédito e o de fornecimento de outros serviços essenciais, além daqueles contratos de trabalho e os de natureza eminentemente empresarial (franquia, fornecimento, representação comercial, cooperação tecnológica, transferência contínua de tecnologia, etc.).

É da necessidade recíproca de manutenção do vínculo contratual relacional que surge uma das principais diferenças em relação aos contratos descontínuos, ressaltando-se que a necessidade não precisa ocorrer de ambos os lados[58].

É que nessa relação contratual a parte que dispõe a prestação de serviço ao consumidor se coloca, via de regra, em situação de superioridade em relação ao consumidor, que apenas adere ao contrato.

Se nos contratos descontínuos prepondera o maior interesse na rescisão do vínculo com a devida restituição do que foi eventualmente pago, e eventual cumprimento de cláusula penal, nos contratos relacionais, em função das características já destacadas, o consumidor não teria interesse na ruptura do vínculo contratual.

Nesse tipo contratual avulta o conceito de cooperação, solidariedade e boa-fé, especialmente porque nessa relação as obrigações que emergem não são conformes à teoria contratual clássica[59].

Sob a ótica dessa teoria, o contrato é visto como algo isolado e descontínuo. Atualmente, nos contratos, pactuam-se também procedimentos e regras de atuação correta, que unem as partes e que irão se especificando no decorrer do seu cumprimento (LORENZETTI, 1998b, p. 27).

A teoria dos contratos relacionais, assim posta, mostra-se como mais uma forma de limitar a autonomia privada.

Como observa Ronaldo Porto Macedo Junior (1998b, p. 192),

> é certo que o reconhecimento das relações de poder nos contratos não nega o princípio da liberdade contratual. Por outro lado, não é menos correto que o seu reconhecimento abala sensivelmente os pressupostos clássicos da liberdade contratual e o papel do Estado como agente regulador e disciplinador das relações contratuais.

Ora, se há um dever de cooperação recíproca orientado pelo princípio da boa-fé objetiva[60], por óbvio, a autonomia privada, com maior intensidade

58 Para se ter uma melhor noção acerca dos fundamentos de uma relação contratual relacional e suas distinções em relação aos contratos descontínuos, remetemos o leitor à já indicada obra de Ronaldo Porto de Macedo Junior, especialmente ao Capítulo IV, p. 147-258.

59 Assim também Atiyah (1996, p. 51).

60 Antunes Varela (1977, p. 108), já observava, ao comentar o Código Civil brasileiro de 1916, que os deveres "decorrentes do princípio geral da boa-fé, são relativamente freqüentes nas relações obrigacionais duradouras (como o contrato de seguro, o mandato, o depósito, o fornecimento, a conta-corrente, a locação e outras semelhantes, entre os quais o *leasing*, em qualquer de suas variantes). Mas avultam sobretudo nas relações obrigacionais que comprometem, em maior ou menor extensão, a própria personalidade dos contraentes no

nesse modelo contratual, fica ainda mais mitigada quanto maior a essencialidade do objeto do contrato.

A pressão exercida sob um dos atores contratuais em função de sua vulnerabilidade pode significar abuso de poder ou ato contrário aos bons costumes e à boa-fé exigida no tráfico jurídico, especialmente ao se levar em consideração uma categoria específica de contratante, os idosos e as pessoas de meia-idade, que não raro enfrentam sérias dificuldades para firmar contratos de planos de saúde[61] e de seguros de vida.

Nos contratos relacionais, as expectativas de continuidade do vínculo são compartilhadas pelos contratantes, de modo que, se tal vínculo é rompido de forma unilateral e abruptamente, a parte prejudicada encontraria muita dificuldade para celebrar um novo contrato nos mesmos termos, com um terceiro parceiro contratual.

Esse modelo contratual traz em sua essência a geração de expectativa de parceria mútua, inspirado pela confiança e cooperação verificadas no decorrer de seu cumprimento.

O Superior Tribunal de Justiça apreciou recentemente um caso que, não obstante não fazer menção expressa à teoria dos contratos relacionais, levou em consideração o fato de a administração do plano de saúde não poder, a seu talante, rescindir unilateralmente a relação contratual justificada pela impossibilidade de manutenção da avença.

cumprimento dos deveres ou no exercício dos direitos contratuais".

61 No caso de contratos que versam sobre planos de saúde nos quais o aderente é idoso, Claudia Lima Marques (2003, p. 194) enfatiza a vulnerabilidade potencializada, já que o consumidor idoso é fática e tecnicamente vulnerável. Nesta relação contratual temos o consumidor idoso diante de um profissional tecnicamente preparado e organizado quando se trata de uma cadeia de fornecimento de serviços. Antonio Herman Benjamin, ao tratar dos consumidores idosos e crianças os qualifica diretamente como consumidores hipossuficientes em função de sua pouca ou avançada idade (GRINOVER, 2004, p. 313). A respeito da hipossuficiência das crianças, especificamente quanto à forma com que são atingidas pela publicidade massiva, chama a atenção recente pesquisa realizada nas cidades do Rio de Janeiro e São Paulo na qual se detectou a influência das crianças nas compras familiares. Segundo a pesquisa, em 2005, 82% das crianças e adolescentes influenciaram as compras domésticas, e 23% dos gastos familiares em supermercados têm como causa o consumo dos filhos (*Jornal Valor Econômico*. Crianças têm mais poder de decidir a compra da casa. 8-12-2005, p. B5). Este consumo, em boa medida, se deve à contínua exposição de crianças à publicidade exibida em programas de televisão em horários estrategicamente colocados de modo a abranger o maior número possível de crianças (segundo o estudo realizado, 73% da escolha infantil tem como fator determinante a propaganda televisiva). A estatística citada demonstra claramente o efeito da publicidade, comprovando o poder de decisão das crianças nas compras domésticas. Diante desse quadro torna-se fácil entender a razão pela qual alguns países europeus restringem ou proíbem a publicidade ou patrocínio de programas realizados em determinados horários (Ex.: Suécia, Grécia, Alemanha e Dinamarca), conforme nos informa Mário Frota (*Deixai vinde a mim as criancinhas*! Os apetites do mercado por tão suculenta posta do lombo da publicidade. A publicidade infanto-juvenil: perversões e perspectivas, p. 4. Trabalho ainda não publicado).

O entendimento valeria mesmo que a lei aplicável à espécie não tivesse afastado a rescisão unilateral (Lei n. 9.696/98, art. 13, II, *b*), observou o relator.

É que nessas hipóteses os riscos do negócio são levados em conta no momento do cálculo do prêmio do seguro.

Além disso, porque se ocorrerem mais sinistros do que aqueles previstos pela seguradora não é o segurado quem tem que responder por isso.

O vínculo relacional, *in casu*, ficou salientado no voto do relator Min. Castro Filho[62] quando se referiu ao bem jurídico tutelado pelo contrato e o necessário dever de cooperação, decorrente da boa-fé objetiva, já que havia o consumidor sido submetido ao prazo de carência e que um eventual novo contrato, com outra seguradora, certamente o deixaria sem cobertura durante o novo prazo de carência.

Note-se que se o Judiciário anuísse com tal prática o consumidor acabaria exposto a uma prática leviana, porquanto a seguradora poderia, por um estudo estatístico, ao findar o primeiro ano de contrato, escolher contratar apenas com aquelas pessoas que pouco utilizavam o plano de saúde, o que, por certo, lhe retiraria o ônus do risco da atividade desenvolvida transferindo-o para o consumidor[63].

Acrescentem-se, ainda, em se tratando de questões controvertidas de planos de saúde, aquelas hipóteses em que o consumidor necessite ser atendido, não tendo concorrido de nenhuma forma para a causa do atendimento, e tenha os benefícios do plano de saúde negados por não ter o prazo de carência se esgotado.

Nessas hipóteses também o beneficiário poderá exigir o cumprimento do avençado, porquanto se por razões imprevisíveis necessitou dos benefícios do plano de saúde, este não lhe pode negar a cobertura[64].

62 "Consumidor. Plano de saúde. Cláusula abusiva. Nulidade. Rescisão unilateral do contrato pela seguradora. Lei n. 9.656/98. É nula, por expressa previsão legal, e em razão de sua abusividade, a cláusula inserida em contrato de plano de saúde que permite a sua rescisão unilateral pela seguradora, sob simples alegação de inviabilidade de manutenção da avença. Recurso provido" (STJ. REsp n. 602.397/RS. Min. Castro Filho, DJU 1º-8-2005, p. 443).

63 Sobre a distribuição dos riscos do contrato, consultar Lorenzetti (2000, p. 60).

64 Neste sentido decidiu o STJ: "Plano de saúde. Prazo de carência. Internação de urgência. O prazo de carência não prevalece quando se trata de internação de urgência, provocada por fato imprevisível causado por acidente de trânsito. Recurso conhecido e provido" (REsp. n. 222.339/PB. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. em 28-6-2001, v.u).

Bem de ver no exemplo acima que a já apontada e necessária adaptabilidade dos contratos relacionais, pautados por regras de procedimento de atuação, oportuniza e impõe a necessidade de adequação a determinadas circunstâncias, segundo os deveres de cooperação, boa-fé e solidariedade contratual.

Portanto, mesmo que a ruptura do vínculo ou a negativa de cumprimento do pactuado encontre respaldo legal ou contratual, ela deverá ser analisada sob a perspectiva contratual relacional, considerando as características próprias dessa relação contratual.

3.4 As redes contratuais

Princípio ainda vigente na teoria contratual é o da relatividade dos contratos (*res inter alios acta*).

Significa dizer: os contratos vinculam somente as partes que o firmaram.

Todavia, dada à complexidade das relações contratuais, que, em alguns casos, envolvem terceiros com interesses relacionados ao objeto contratado sem que, com isso, esses terceiros figurem na relação contratual, surge a necessidade de se rever o referido princípio a fim de que se possa em determinados casos afastá-lo ou mitigá-lo.

Esse fenômeno de interligação sistemática, funcional e econômica entre contratos estruturalmente diferenciados implica conseqüências jurídicas (LEONARDO, 2005, p. 128 e ss.) que desafiam o direito contratual contemporâneo. Com efeito, da mesma forma que a autonomia privada e o princípio do *pacta sunt servanda* já não atuam com o vigor de outrora, por certo outros postulados desse ramo do direito haverão de ser reinterpretados sempre, como já dito, sob a ótica constitucional cujo vetor magno de interpretação é a dignidade da pessoa humana, objetivando a consecução de uma sociedade justa e solidária.

Essa assertiva ganha maior relevo, ainda, se tomarmos em conta alguns tipos específicos de contratos, *v.g*. o de financiamento habitacional, seguros de saúde, seguros de vida e previdência privada, como salientado acima quando tratamos dos contratos relacionais.

3.4.1 A figura do terceiro na relação contratual

Em regra o contrato não tem o condão de vincular, beneficiar ou prejudicar terceiro, daí a sua inoponibilidade a terceiros.

Todavia, poderá surgir oponibilidade em determinadas circunstâncias, *v.g.* nas hipóteses em que se dê ciência de determinados atos a terceiros mediante notificação (sujeitos determinados) ou publicidade (sujeitos indeterminados).

Ressalte-se, também, as hipóteses legalmente previstas que importam em reflexos jurídicos no patrimônio de terceiros, *v.g.* a promessa de fato de terceiro, contratos de seguro de vida, entre outros.

O CDC, observa Otavio Luiz Rodrigues Junior (2004, p. 91), resolveu outro significativo problema envolvendo o princípio da relatividade dos efeitos contratuais pela via da ampliação do conceito de fornecedor, já que diante dessa nova qualificação jurídica, prestadores de serviços, fabricantes, importadores, distribuidores e vendedores passaram a representar um monólito de responsabilidade perante o consumidor, dando fim a discussões sobre quem seria terceiro em face de um contrato específico.

Para o objetivo que norteia esta parte do ensaio, releva trazer ao debate aquelas hipóteses em que o terceiro não participou diretamente do negócio jurídico celebrado, mas pode vir a sofrer conseqüências do seu não cumprimento. Dito de outra forma, se seria possível admitir que um determinado contrato pode servir de fonte de direito oponível a alguém que não fez parte dele.

3.4.2 As redes contratuais vistas como um sistema: para uma visão além do princípio da relatividade

Com base no escólio de Rodrigo Xavier Leonardo (2005, p. 136 e ss.) podemos afirmar que as redes contratuais buscam potencializar benefícios e diminuir riscos num mercado cuja característica é a competitividade e a especialização de seus integrantes.

As redes, dessa forma, facilitam sobremaneira a oferta de produtos e serviços e, ao mesmo tempo em que proporcionam o barateamento do bem ofertado, facilitam a circulação deste, porquanto neste sistema[65] o próprio

65 Referido autor (2003, p. 148), identifica na rede contratual um sistema, pois além da união de diversos elementos, a vinculação ocorre de forma organizada, o que favorece os objetivos de estabilidade, persistência temporal e equilíbrio. Note-se que o autor também parte de uma nova premissa para a análise da relação contratual: a relação obrigacional vista para além do binômio, direitos e deveres ou ainda, para além da díade obrigação/responsabilidade (*haftung und schuld*). Ela há de ser vista como um processo cooperativo entre partes para que estas vejam os fins colimados concretamente realizados.

conjunto de benefícios resulta otimizado, o que certamente contribui para atrair os contratantes.

Note-se que, a exemplo das vantagens obtidas na forma de contratação por adesão, as redes contratuais buscam otimizar um semelhante conjunto de vantagens, não por acaso.

A sociedade de massa, no que toca aos contratos, amoldou um conjunto de necessidades e soluções de fundamentos idênticos, justificado pela imperiosa necessidade de realizar elevados números de contratos no menor espaço de tempo e com o menor custo possível.

Como obstáculo à velocidade de contratação, o mercado depara-se com a necessidade de realização de tarefas complexas, implicando a impossibilidade do contratado em cumprir, em condições efetivas de concorrência, com o avençado sem que necessite de auxílio de um terceiro.

Daí se poder afirmar, com Ricardo Lorenzetti (1998a, p. 199-200), que há

> um conjunto de partes interdependentes, de tal forma que uma não pode existir plenamente sem o concurso de outras. Precisa-se então de uma coordenação que gere um dever de cada uma das partes de contribuir para a manutenção do todo.

A existência a que se refere o jurista argentino deve ser entendida, a nosso ver, também, como condição de existência/sobrevivência no mercado concorrencial, implicando reconhecer que, na realidade pós-moderna, o campo fértil para que as redes contratuais se desenvolvam está lastreado, basicamente, em relações contratuais contínuas (relacionais) que devem dar conta de necessidades surgidas ao longo desse caminho.

Assim, a rede contratual, vista a partir da noção de sistema, não permite uma eventual confusão com um simples conjunto de contratos. É necessário que entre dois ou mais contratos que formam o sistema exista um vínculo funcional, um nexo objetivo, que justifique a percepção de uma rede (LEONARDO, 2003, p. 103).

Referido nexo objetivo não retira dessa forma de relação contratual os deveres inerentes a qualquer outra relação contratual, porém, a possibilidade de o terceiro sucumbir às conseqüências do não cumprimento do avençado por um dos contratantes se mostrará mais evidente, já que sua participação na rede se justifica também pela busca de lucro e espaço no mercado.

A visão sistêmica dessa relação contratual permite, segundo Ricardo Lorenzetti, identificar uma finalidade negocial supracontratual a justificar o nascimento e funcionamento de uma rede, em função do surgimento de um grupo e não de uma união convencional de contratos a serem analisados a partir dos vínculos individuais.

Daí se falar em deveres sistemáticos (LORENZETTI, 1998b, p. 30) independentes de uma causa jurídica que integre diretamente os componentes da rede.

O que não se pode desprezar é a existência de uma causa econômica impondo aos vínculos individuais um funcionamento como sistema (LORENZETTI, 1998b, p. 33).

Trata-se, dessa forma, de reconhecer a conexidade como pressuposto do funcionamento da rede contratual, diferentemente da integração, que resulta em vínculo estreito e asfixiante entre as partes que formalmente compõem o contrato (LORENZETTI, 1998b, p. 33).

A integração relaciona-se com a causa contratual, o que individualiza o vínculo, enquanto que a conexidade relaciona-se com a causa econômica, tornando o vínculo supracontratual.

Na integração, há um interesse associativo entre os contratantes, visto unicamente a partir do contrato estabelecido; na conexidade, o interesse associativo se satisfaz por intermédio de um negócio que requer vários contratos unidos num sistema; na integração a causa associativa é o elemento essencial do contrato, o qual tem transcendência normativa por ocasião de sua qualificação e interpretação; na conexidade, o elemento associativo se situa no plano do negócio ou do sistema, e não no do contrato, não sendo, portanto, um elemento essencial do contrato senão um pressuposto para o funcionamento do sistema (LORENZETTI, 1998b, p. 33-34).

O reconhecimento do vínculo supracontratual, o que felizmente já vem sendo reconhecido pelo Judiciário[66], não pode deixar de ser visto como enorme avanço na construção da *teoria contratual contemporânea*, deixando entrever que as condições de mercado impõem obrigações e procedimentos que haverão de ser sempre levadas em consideração a partir das novas regras de balizamento do comportamento contratual.

66 Sobre este tema consultar Leonardo (2005, p. 100-112). Na obra do mesmo autor, indicada acima, também constam vários julgados dos tribunais estaduais tratando da matéria.

Outro fenômeno contratual relevante em matéria de redes contratuais, decorrente da atualidade e que não vem escapando à apreciação jurisdicional, é o caso da terceirização de atividades que visam baratear custos e atender melhor à demanda de mercado.

Seguindo esse norte, várias empresas contratam outras empresas (terceirizadas) para lhe prestarem serviços específicos de modo a poder concorrer no mercado com preços acessíveis, barateando custos internos. Com isso os ônus relativos aos encargos sociais dos empregados terceirizados são transferidos para empresa terceirizada, já que esta é a empregadora.

Ocorre que essa situação desaguou em condutas ofensivas aos direitos desses trabalhadores que, não raras vezes, em demandas trabalhistas, acionam também a empresa tomadora dos serviços quando o seu empregador (empreiteiro) não tem condições de honrar com as obrigações pertinentes.

Nesses casos, a tomadora dos serviços vem sendo reiteradamente condenada, em regime de responsabilização subsidiária, ao pagamento dos direitos trabalhistas do empregado, com base na Súmula 331 do TST:

> IV – O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial.

A súmula transcrita explicita claramente a aceitação pela Justiça Trabalhista da teoria das redes contratuais.

Acrescente-se, também, os julgados que apreciam contratos regidos especialmente pelo Código Civil, tais como o de empreitada, nos quais é possível notar que se impõe responsabilidade a todos os contratantes da rede, no caso de acidente de trabalho, também regido por lei especial.

É que, na hipótese, o tomador de serviços tem o dever de contratar empresa empreiteira idônea ou solvente, tendo em vista que quem pactua nessa forma o faz confiando na diligência e perícia desta. Portanto, o trabalhador acidentado em obra contratada por empreitada, a despeito do art. 19 da Lei n. 8.213/91, que define como acidente de trabalho aquele que ocorre

pelo exercício do trabalho a serviço da empresa, pode exigir indenização do empreitante que contratou empresa inidônea ou insolvente[67].

A conclusão inexorável resulta da impossibilidade de o contrato, que deve desempenhar a sua função social, não poder ser utilizado como forma de se eximir o empreitante de responsabilidades perante terceiros quando verificada uma rede com finalidades supracontratuais.

A conclusão, certamente, imputa responsabilidades a quem elege os parceiros contratuais perante os demais contratantes envolvidos na rede.

As apreciações jurisdicionais acima observadas, existentes já à época do anterior Código Civil, revelam a responsabilidade de todos que compõem a rede contratual, deixando claro que o princípio da relatividade dos contratos já não vigora como antes, sendo necessário adaptar a teoria contratual às necessidades e realidades contemporâneas.

A bem da verdade, os contratos, sejam em rede, relacionais ou de adesão, têm o condão de disparar deveres pré-contratuais, contratuais e pós-contratuais, o que acaba, como aduz Paulo Nalin (2001, p. 255), produzindo "efeitos jurídicos existenciais e patrimoniais, não só entre titulares subjetivos da relação, como também perante terceiros. Contrato, hoje, é relação complexa solidária".

É nessa nova ordem contratual que esperamos que ocorra a harmonia das relações intersubjetivas sem termos que, como diz Caetano Veloso, esperar que todos os homens concordem.

Afinal, é apenas uma das formas de harmonia possíveis, sem juízo final. Alguma coisa está entrando em ordem!

67 "Acidente do trabalho. Indenização com base no direito comum. Contrato de empreitada. Responsabilidade do empreitante. I – No contrato de empreitada, o empreitante somente responde solidariamente, com base no Direito Comum, pela indenização de acidente sofrido por trabalhador soldo do empreiteiro, nos casos em que seja também responsável pela segurança da obra, ou se contratou empreiteiro inidôneo ou insolvente. II – O empreiteiro não é de regra, preposto do empreitante. III – Não incidência do art. 1.521 do CC. IV – Recurso especial conhecido pela alínea *c*, mas ao qual é negado provimento". Na referida sessão, o relator concluiu: "O problema, no entanto, no caso dos autos, consiste em que a recorrida Cia. Siderúrgica Belgo Mineira não era empregadora do acidentado, mas sim contratante da obra, sendo destarte mui relevante a distinção, feita no aresto, entre a relação do emprego e a *locatio operis*. Ao contrário do que pareceu ao juízo monocrático, do v. aresto consta a anotação de inexistência de culpa *in eligendo* na escolha da empreiteira, a qual seria, na razoável afirmativa da recorrida, 'empresa especializada na montagem e desmontagem de equipamento industriais' (fl. 194), responsável única, portanto, pela segurança de seus empregados. Como alude Pontes de Miranda, 'quem conclui contrato de empreitada confia na diligência, na perícia e na pontualidade do empresário' (Tratado de Direito Privado. Borsoi, vol. 44/419)" (STJ, REsp. n. 4.954/MG. Min. Athos Gusmão Carneiro. RSTJ 20/346-351).

4 Referências

ALVIM, Arruda. Cláusulas abusivas e seu controle no direito brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 20, out./dez. 1996, p. 25-67.

ALPA, Guido. Les nouvelle frontières du droit des contrats. *Revue Internationationale de Droit Comparé*, n. 4, oct./dec. 1998, p. 1.020- 1.021.

ARNAUD, André-Jean. *O direito traído pela filosofia*. Tradução Wanda de Lemos Capeller e Luciano Oliveira. Porto Alegre: SAFE, 1991.

ATIYAH, Patrick Selim. *An introduction to the law of contract*. 5. ed. Oxford: Oxford University, 1996.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2004.

BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 358, p. 91-114, 2001.

BAUMAN, Zygmunt. *Globalization*: the human consequences. New York: Columbia University, 1998.

BOBBIO, Norbeto. *A era dos direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Tradução Carmen C. Varriale. 12. ed. Brasília: UnB, 1997.

CALVAO DA SILVA, João. *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória.* Coimbra: Coimbra, 1995.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CASTRO, Viriato Ferreira de. *O registo nacional de cláusulas abusivas*. Palestra proferida em 7-7-2005 na 2ª Conferência Nacional sobre Condições Gerais de Contratação, Palmela, Portugal.

COSTA, Mário Júlio Almeida da. Aspectos modernos do direito das obrigações. *Estudos de Direito Civil brasileiro e português*, São Paulo, 1980. I Jornada Luso-Brasileira de Direito Civil.

COUTINHO, Aldacy Rachid. A autonomia privada: em busca da defesa dos direitos fundamentais dos trabalhadores. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

COUTO E SILVA, Clóvis do. *Obrigação como processo*. São Paulo: José Bushatsky, 1976.

DUSSEL, Enrique. *Ética da libertação*: na idade da globalização e da exclusão. Tradução Ephraim Ferreira Alves, Jaime A. Clasen e Lúcia M. E. Orth. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2002.

FACHIN. Luiz Edson. *Teoria crítica do Direito Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2000.

FROTA, Mário. *Deixai vinde a mim as criancinhas!* Os apetites do mercado por tão suculenta posta do lombo da publicidade. A publicidade infanto-juvenil: perversões e perspectivas. Trabalho ainda não publicado.

GHERSI, Carlos Alberto. *Contratos: problemática moderna*. Mendoza: Ediciones Juridicas Cuyo, [20-?].

GOMES, Orlando. *Contratos*. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

GOMES, Rogério Zuel. A função social do contrato no novo Código Civil: uma abordagem sob o prisma do Direito Civil-Constitucional. In: V Simpósio Nacional de Direito Constitucional, 2003, Curitiba. *Anais do V Simpósio Nacional de Direito Constitucional*. Curitiba: Associação Brasileira de Direito do Consumidor, v. 5, 2003, p. 597-612.

_____. *Teoria contratual contemporânea*: função social do contrato e boa-fé. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 8. ed. São Paulo: Forense, 2004.

GUILLAUME, Marc. A competição das velocidades. In: MORIN, Edgar et al. *A sociedade em busca de valores*: para fugir à alternativa entre cepticismo e dogmatismo. Tradução Luis M. Coceiro Feio. Lisboa: Instituto Piaget, 1996.

HOBSBAWN, Eric. *O novo século*: entrevista a Antonio Polito. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Condições gerais de contratação e cláusulas abusivas*. São Paulo: Saraiva, 1991.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. A teoria das redes contratuais e a função social dos contratos: reflexões a partir de uma recente decisão do Superior Tribunal de Justiça. *Revista dos Tribunais*, n. 832, São Paulo, 2005.

_____. *Redes contratuais no mercado habitacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LORENZETTI, Ricardo Luis. Esquema de uma teoria sistemica del contrato. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 33, jan./mar. 2000, p. 51.

_____. *Fundamentos do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998a.

_____. Redes contractuales: conceptualización jurídica, relaciones internas de colaboración, efectos fre a terceros. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 28, out./dez. 1998b, p. 22-58.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto de. *Contratos relacionais e defesa do consumidor*. São Paulo: Max Limonad, 1998a.

_____. Mudanças dos contratos no âmbito do direito social. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 25, jan./mar. 1998b, p. 99.

MARQUES, Claudia Lima. *Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor*: um estudo dos negócios jurídicos no comércio eletrônico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. Três tipos de diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002: superação das antinomias pelo “diálogo das fontes”. In: PFEIFFER, Roberto A.; PASQUALOTTO, Adalberto. *Código*

de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002: convergências e assimetrias. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. Solidariedade na doença e na morte: sobre a necessidade de ações afirmativas em contratos de plano de saúde e de planos funerários frente ao consumidor idoso. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

MIRAGEM, Bruno. Diretrizes interpretativas da função social do contrato. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 56, out./dez. 2005, p. 22-45.

_____. O Direito do Consumidor como direito fundamental: conseqüências jurídicas de um conceito, *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 43, jul./set. 2002, p. 111-132.

MORIN, Edgar. *A cabeça bem-feita*: repensar a reforma, reformar o pensamento. Tradução Eloá Jacobina. 10. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2004.

_____. *Ciência com consciência*. Tradução de Maria D. Alexandre e Maria Alice Sampaio Dória. 7. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003.

MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Justicia contractual*. Buenos Aires: Ediar, 1977.

NALIN, Paulo. *Do contrato*: conceito pós-moderno (em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional). Curitiba: Juruá, 2001.

NOLAN, Donald. The classical legacy and modern english contract law. *The Modern Law Review*, Oxford, v. 60, jul. 1996, p. 617.

O GLOBO ON LINE. Cientista sul-coreano se demite após fabricação de resultados de clonagem. Disponível em <http://oglobo.globo.com/ciencia/mat/2005/12/23/189732648.asp>. Acesso em: 23 dez. 2005.

OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades. *Teoria jurídica e novos direitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

OPPETIT, Bruno. *Droit et modernité*. Paris: Presses Universitaires de France, 1998.

PEREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *Los derechos fundamentales*. 8. ed. Madrid: Tecnos, 2004.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*: introdução ao Direito Civil Constitucional. Tradução Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PUREZA, José Manuel. Para um internacionalismo pós-vestefaliano. In: SANTOS, B (Org.). *Globalização*: fatalidade ou utopia?. Porto: Edições Afrontamento, 2001.

RIPERT, Georges. *O regime democrático e o Direito Civil moderno*. Trad. de J. Cortezão. São Paulo: Saraiva e Cia., 1937.

_____. *La règle morale dans les obligations civiles*. 2. ed., Paris: Librairie Générale de Droit et Jurispredence, 1927.

RODRIGUES JUNIOR, Luiz Otávio. A doutrina do terceiro cúmplice: autonomia da vontade, o princípio res inter alios acta, função social do contrato e a interferência alheia na execução dos negócios jurídicos. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 821, mar. 2004, p. 80-98.

ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 1988.

ROSENAU, Pauline Marie. *Post-modernism and the social sciences*: insights, inroads, and intrusions. New Jersey: Princeton University, 1991.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Pela mão de Alice*: o social e o político na pós-modernidade. 10. ed. São Paulo: Cortez, 2005a.

_____. Os processos da globalização. In: SANTOS, Boaventura de Souza (Org.). *A globalização e as ciências sociais*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2005b.

SÁ, Almeno de. *Cláusulas contratuais gerais e directiva sobre cláusulas abusivas*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001.

SCHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem constitucional*: construindo uma nova dogmática penal. Porto Alegre: SAFE, 1999.

STIGLITZ, Rubén S. Cláusulas abusivas y control jurisdiccional de la administración: Estado de situación en Argentina. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 55, jul./set. 2005, p. 261.

_____. Aspectos modernos do contrato e da responsabilidade civil. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 13, jan./mar. 1995, p. 5-7.

TELLES, Inocêncio Galvão. *Direito das obrigações*. 7. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

TEPEDINO, Gustavo. Do sujeito de direito à pessoa humana. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 2, Rio de Janeiro. abr./jun. 2000. Disponível em: <http://www.idcivil.com.br/pdf/biblioteca6.pdf.>. Acesso em: 11 jan. 2006.

_____. Código de Defesa do Consumidor, Código Civil e complexidade do ordenamento. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, v. 56, out./dez. 2005, p. 9-11.

TEUBNER, Gunther. Breaking frames: economic globalization and the emergence of lex mercatoria. *European Journal of Social Theory*, Liverpool, v. 5, may 2002, p. 199-217.

TOURRAINE, Alain. *O que é a democracia?* Tradução Guilherme João de Freitas Teixeira. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1996.

UDA, Giovani Maria. Integrazione Del contratto, solidarietà sociale e corrispettività delle prestazioni. Riv*ista Del Diritto Commerciale e Del Diritto Generale Delle Obbligazion*i, n. 5-6, Mag.-Giu. 1990, p. 301-342.

VARELA, Antunes. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

DEMOCRACIA, PARTIDOS POLÍTICOS E TRIBUTAÇÃO AMBIENTAL

*Romano José Enzweiler**

RESUMO

Este ensaio tem como escopo nuclear a reflexão acerca do *aggiornamento* do conceito de democracia, a partir da constatação do surgimento de uma "nova sociedade", denominada "sociedade de risco", em que o meio ambiente assume papel de destaque.

Cuida, também, e na mesma senda, de repensar o consenso democrático pelo viés dos partidos políticos, discutindo, de forma apenas aproximativa, o processo de deslegitimação dos Parlamentos. O argumento central, enfim, na tentativa de ver costurados os aspectos anteriores, finca raiz no estudo do Estado-fiscal-ambiental, mais especificamente na verificação das possibilidades de criação de uma política ambiental indutora do comportamento dos atores sociais por intermédio de mecanismos de estímulo e de desestímulo tributário.

Palavras-chave: Democracia. Sociedade de risco. Partidos políticos. Meio ambiente. Tributação.

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 Democracia e meio ambiente. 3 Partidos políticos e deslegitimação institucional. 4 Tributação como partícipe na construção de uma consciência ambiental. 5 Considerações finais. 6 Referências.

1 INTRODUÇÃO

Se tivéssemos que caracterizar, em breves palavras, nossa percepção do mundo presente, possivelmente elegeríamos as expressões "crise", "deslegitimação institucional", "dispensabilidade estatal", "violência", "corrupção", "poluição", dentre tantas outras que poderiam dimensionar nossa perplexidade.

* Juiz de Direito em Santa Catarina.

De tudo, a impressão que fica é que estamos cultuando uma espécie de "ética da aventura" ou, para alguns, uma "ética de contrato", em que se "negociam" valores ao sabor de interesses individuais imediatos, à margem de uma "ética geral" forjada nos princípios retores de uma sociedade igualitária, mais coletivista e cooperativa.

Como resultado dessa perversa banalização da vida, vimos vicejar a fragilização dos laços sociais e a institucionalização do individualismo; disso decorrem a assunção de atitudes de indiferença, apatia e distanciamento da arena política, até mesmo porque a estrutura social favorece muito mais a desmobilização e a inércia do que a participação cidadã.

Além da evidente desmotivação do eleitor para com a coisa política, assistimos à dominação, pelo Estado, da tecnocracia secundada por procedimentos clientelísticos, personalistas e corporativistas, o que propicia o surgimento do chamado Estado Patrimonialista – ou mercantilismo estatal, de que trata Uricoechea (1978) –, no qual o bem público passa a satisfazer interesses privados.

De efeito, conforme Baquero (2000, p. 7), vivemos uma época de incerteza e de graves problemas, dentre os quais se situa o da representação política. Institucionalizou-se, nos países latino-americanos, diz o autor,

> a mercantilização da política, ou seja, as instituições tradicionais, que já funcionavam precariamente no processo de mediação política, parecem estar sendo gradualmente substituídas por relações individuais e mercantis.

A crise dos partidos políticos, refere Baquero (2000, p. 15), está em todo lugar, em todo o globo, fazendo com que estes atores (mediadores naturais e indispensáveis entre eleitores e eleitos) "acabem se tornando mais pragmáticos na captação de apoio eleitoral, através da diminuição da ênfase ideológica", fazendo com que, ao fim e ao cabo, a crise se agrave ainda mais, em razão da ausência de compromissos do eleito para com os programas partidários e, decorrentemente, com o próprio eleitor. Nessas circunstâncias, subvertem-se os valores, pois que o mandato, em democracias representativas de baixa densidade ideológica, como a nossa, acaba pertencendo ao parlamentar, e não à legenda que o albergou.

Aliado a esse fato, comenta Boeira (2004, p. 6), estamos experimentando um processo marcado por conflitos e riscos desigualmente distribuídos, caraterísticos do que Beck intitula "sociedade de risco". E é essa "nova sociedade" que,

delirantemente, vetustas concepções estatais insistem em demarcar, formatar e conter.

Diante de quadro tão sombrio e aparentemente desalentador, quais as possibilidades de discussão (com boa-fé) do tema ambiental em bases racionais? O que é possível construir de sólido e útil nesse cenário nebuloso e fugidio?

A proposta deste texto sugere como hipótese de reflexão, justamente, uma reaproximação, um resgate do debate público ambiental por meio das instâncias e instituições estatais, mais precisamente do Parlamento, acreditando, com Marco Aurélio Nogueira (1998), nas possibilidades da Política.

Assim, e de forma pontual, consoante a lição de Torres (2005, p. 37),

> o que se discute hoje, em todo o mundo, é se o sistema ecológico deve ser protegido pelo poder de polícia e, conseqüentemente, pelo poder tributário ou se, ao contrário, o Estado deve adotar a política premial das subvenções e dos incentivos a quem se abstenha de poluir o meio ambiente. A verdade é que a proteção ecológica tem na cobrança das taxas um de seus melhores instrumentos, complementada pela política financeira apoiada também nos preços públicos, nas contribuições econômicas e na extrafiscalidade dos impostos.

Como se verá no decorrer do estudo, as alternativas do debate ambiental (via poder estatal) não se esgotam, felizmente, nas hipóteses regulatórias e estruturadoras. Para além dessas duas opções, tem-se utilizado, em casos tais (meio ambiente), de políticas indutoras, aí inseridas a fiscal e a tributária.

2 DEMOCRACIA E MEIO AMBIENTE

Democracia, justiça, liberdade, igualdade, dentre outros, são valores supremos de qualquer sociedade civilizada e, assim, pretendem ser, como a ética, transistóricos. A utopia é um de seus traços marcantes, o que os torna, em que pesem inatingíveis por completo, absolutamente desejáveis.

Especificamente em relação ao conceito de "democracia", cujo significado varia, obviamente, no tempo e no espaço, vem ele "moldado" à concepção de mundo de que se partilhe. Todos os governos atuais, de todos os quadrantes do planeta, quase que indistintamente, em busca de legitimidade, se autoproclamam "democráticos".

Inexiste, ademais, como explicita Baquero (2000, p. 17), "uma teoria unificada da democracia" e, por isso, "seu uso tem sido vulgarizado e até aproveitado por regimes autoritários que se autodenominavam de defensores da liberdade e da igualdade".

Não obstante a sentida dificuldade de definição da expressão "democracia", dois tipos de orientação têm-se sobressaído na ciência política acerca do seu conceito. "Por um lado, a democracia liberal e, por outro, a democracia social. Ambas convergem em relação a aspectos tais como: soberania popular, direitos humanos, igualdade de oportunidades e livre expressão", designados princípios essenciais, os quais

> têm-se estabelecido, gradual e consensualmente, em quase todas as nações, dentro do que se convencionou chamar, consoante Hungttington, de Terceira Onda de Democratização. De fato, a democracia formal abre a possibilidade (e também é um requisito) para avançar em relação a uma democracia participativa e social (BAQUERO, 2000, p. 17).

Todavia, esses elementos que configuravam o conceito "clássico" de democracia (soberania popular, igualdade, liberdade, direitos humanos), com o advento do neoliberalismo, foram sendo substituídos por uma prática política baseada em procedimentos (democracia procedimental). Nessa perspetiva, "denominada pós-industrial de democracia, a macropolítica é substituída por uma prática e um discurso que desafiam as formas institucionalizadas de poder, especificamente os partidos políticos" (BAQUERO, 2000, p. 17).

Existirá relação de causa e efeito entre democracia e ecologia? Ou, por outro lado, há vinculação entre pobreza e degradação ambiental?

Se entendermos a dimensão ecológica como a construção de uma "sociedade ambientalmente equilibrada" (YOSHIDA, 2005, p. 530) e, ainda, se tivermos presente a noção de "desenvolvimento humano", conforme amplamente utilizado pela ONU (tome-se como exemplo, dentre outros, o IDH – índice de desenvolvimento humano), poderemos responder afirmativamente a primeira questão.

Há, em nosso sentir, íntima relação entre desenvolvimento democrático e meio ambiente. Dito de forma mais clara, a experiência vem demonstrando que quanto mais fortes os laços democráticos e mais sólidas as instituições que lhe dão sustentação maior o espaço e mais audível a vocalização das demandas

sociais, para a discussão de temas transindividuais (direitos coletivos e direitos difusos), como é o caso, particularmente, das questões ambientais.

Na mesma esteira, vem a doutrina que entende a existência de estreita vinculação entre pobreza e degradação ambiental, conforme já sinalizado desde a Convenção de Estocolmo em 1972:

> Por isso, a Cúpula Mundial do Desenvolvimento Sustentável, ocorrida em Johannesburgo em 2002, reafirmou, como prioridade para o século XXI, a erradicação da pobreza, coadunando-se essa diretriz com a vertente da "sustentabilidade social" denominada "coevolução sociedade-natureza" (YOSHIDA, 2005, p. 529).

Calha, agora, verificar o tema respeitante à mediação social dessas demandas transindividuais, de indiscutível importância na atualidade (democracia, meio ambiente) que se dão no espaço público-estatal, nomeadamente por intermédio dos Parlamentos e dos partidos políticos.

3 PARTIDOS POLÍTICOS E DESLEGITIMAÇÃO INSTITUCIONAL

É de longe perceptível o descrédito que se abateu sobre a política e sobre os políticos, em particular. A deslegitimação desse importante Poder da República é fato lamentável e decorre, numa simplificação grosseira, em parte, dos inúmeros e incessantes escândalos que diuturnamente povoam o noticiário, parte em razão de uma ordenada intenção de desprestigiamento e diminuição do poder do Parlamento, o que só contribui, ainda mais, à hipertrofia do Poder Executivo.

Igualmente claro se afigura o descolamento de muitos parlamentares aos programas de seus respectivos partidos políticos, o que os libera, igualmente, de qualquer compromisso ideológico com seus eleitores.

De fato,

> a crescente centralização do poder no âmbito do Executivo e a conseqüente subserviência de Estados e Municípios ao Governo Federal inibiram a constituição de partidos verdadeiramente nacionais, ao fragmentarem e politizarem pela dependência a relação entre poder central e local. [...] Sob essa perspectiva, as eleições majoritárias vieram reforçar o caráter personalista que acaba por envolver as disputas eleitorais, acentuando uma certa

> desconexão ou irrelevância entre o candidato e sua legenda (MESSENBERG, 2002, p. 48)[1].

De efeito,

> os processos eleitorais têm-se caraterizado muito mais por disputas entre pessoas do que entre partidos. Se os cidadãos escolhem candidatos em detrimento de partidos, isso cria uma situação em que os representantes eleitos sentem-se livres para se mobilizar à margem das diretrizes dos partidos, enfatizando posturas fisiologistas que pouco ou nada contribuem para a consolidação da democracia, particularmente nas sociedades em desenvolvimento (BAQUERO, 2000, p. 22).

Contribuíram para a perda de importância dos partidos políticos, também, as mudanças no comportamento dos eleitores. Assim, de acordo com Baquero (2000, p. 24), por exemplo,

> o surgimento de uma nova classe média, o crescimento do papel dos movimentos feministas, o aumento do grau de escolaridade e a secularização são alguns elementos que incidem numa nova forma de encarar a política, diferentemente da época em que surgiram os primeiros partidos de massa. Pressupõe-se que, com maior acesso aos meios de comunicação de massa, os eleitores não dependem mais dos partidos políticos, particularmente no processo de socialização e obtenção de informações.

Portanto hoje, e este parece ser um sentimento generalizado, as relações entre Estado e indivíduo são cada vez mais diretas, isto é, sem a interveniência dos partidos políticos, e é visível a precariedade dos Parlamentos (e dos partidos que o compõem), já que não possuem mais, ao menos aparentemente, capacidade funcional. O Legislativo é um Poder sem poder, desprovido de funcionalidade, de sentido e de legitimidade num mundo hedonista, que não quer mais refletir. Restou-lhe apenas, por falta de independência e identidade, seguir como apêndice do Executivo, numa relação promíscua e que se satisfaz com os pequenos favores eleitoreiros promovidos em troca do voto.

Nem sempre foi assim ao que parece. Segundo o escólio de Messenberg (2002, p. 21),

1 "Existe ampla literatura que examina a tendência do Estado capitalista moderno de centralizar as decisões do Executivo, tendo como conseqüência o esvaziamento progressivo dos parlamentos na fixação de políticas públicas" (BAQUERO, 2000, p. 29).

> para Locke, o Parlamento é o poder supremo da comunidade. Para Stuart Mill, é o fórum central de discussão das demandas sociais e fiscalização das ações do Executivo. Para Weber, um terreno de luta e ascensão de lideranças políticas.

O estudo do comportamento e funções do Parlamento (e aqui nos interessa vivamente a capacidade transformadora da política, por meio de seu *locus* originário) encontra-se umbilicalmente vinculado à organicidade e à capacidade representativa dos partidos políticos. É da experiência o fato de que baixa densidade institucional-partidária (fruto da ausência de fidelidade partidária, de um sistema multipartidário polarizado e altamente fragmentado, da presença de interesses suprapartidários, do receio de não-reeleição em razão do apoio a medidas impopulares do Executivo) reflete, dentre outros sintomas, personalização dos mandatos, o que, no limite, pode vir a enfraquecer o amálgama democrático (MESSENBERG, 2002, p. 40).

De efeito,

> [...] o sistema partidário no País vem se caracterizando historicamente pela descontinuidade e pelo fraco enraizamento social. Sua fragilidade se expressa não somente na alta fragmentação partidária, mas também na ausência de compromissos com os estatutos e conteúdos programáticos dos partidos, no intenso movimento parlamentar de troca de legendas e no contínuo desrespeito à condição de representatividade que supostamente deveria prevalecer entre os partidos e seus eleitores (MESSENBERG, 2002, p. 46).

Em que pese o desencanto de todos neste momento, especialmente no Brasil, em relação aos partidos políticos e à política em geral, é sempre importante recordar que a teoria do "Estado de partidos" os considera essenciais para o próprio funcionamento do Estado. E, de acordo com Baquero (2000, p. 21), "aceitar que essas organizações atravessam uma crise de credibilidade suscita indagações no que diz respeito ao impacto que essa crise poderá causar na dinâmica política democrática".

Portanto, ao falarmos de sistema e de partidos políticos, estamos tratando, também, da democracia.

Daí perguntarmos: de que maneira o Parlamento poderá resgatar sua importância e utilidade? Em que medida poderá a democracia coexistir com o esfacelamento dos partidos políticos? Como a tributação, expressão maior do Poder

do Parlamento, desde tempos imemoriais, poderá auxiliar na construção de uma consciência ambiental e, decorrentemente, no fortalecimento da democracia?

4 TRIBUTAÇÃO COMO PARTÍCIPE NA CONSTRUÇÃO DE UMA CONSCIÊNCIA AMBIENTAL

A sociedade do século XXI vem sendo caracterizada como "sociedade de risco"[2], e distingue-se por algumas notas relevantes: "a ambivalência, a insegurança, a procura de novos princípios e o redesenho do relacionamento entre as atribuições das instituições do Estado e da própria sociedade" (TORRES, 2005, p. 31).

Temos hoje, depois do Estado Liberal e do Estado Social, o aparecimento do Estado Subsidiário. Passamos da proteção dos direitos individuais do cidadão à segurança social (ou seguridade social, como querem alguns), e chegamos ao estágio atual, identificado como Estado Subsidiário (no qual prevalecem o seguro social e de prevenção).

Nesta sociedade complexa, "os riscos e a insegurança não podem ser eliminados, mas devem ser aliviados por mecanismos de segurança social, econômica e ambiental" (TORRES, 2005, p. 32). Nela,

> [...] as instituições políticas e as instituições sociais entram em novo relacionamento. O Ministério Público e o Judiciário passam a exercer papel mais ativo na defesa dos direitos difusos, em cooperação com as instituições sociais, afastando-se da missão neutra que desempenhavam na sociedade industrial. A sociedade de riscos, com a pluralidade de interesses em jogo, é necessariamente uma sociedade litigiosa (TORRES, 2005, p. 34).

Diante dos desafios que a complexidade moderna propõe, intuitivo identificar o meio ambiente como objeto de especial atenção. Poderíamos dizer, talvez, que vivemos no tempo da preponderância dos direitos coletivos e difusos, transindividuais, em que a ecologia ocupa lugar de destaque, justamente por ser inapropriável por quem quer que seja e, ainda, porque de nossa consciência ambiental depende a qualidade de vida da geração atual e das gerações futuras.

2 "O Estado de Direito, em sua configuração mais recente de Estado Democrático e Social, que se afirmou a partir da queda do Muro de Berlim (1989), traz nova inflexão na problemática da segurança jurídica, tendo em vista que se caracteriza como Estado da Sociedade de Risco" (TORRES, 2005, p. 30).

Portanto, a proteção do meio ambiente inscreve-se dentre os direitos fundamentais, pois, como sublinha Torres (2005, p. 24), alguns direitos humanos afirmam-se de modo coletivo ou difuso, e destacam-se, dentre esses, os assim chamados "direitos ecológicos". Logo, é correto afirmar que o meio ambiente também participa do rol dos direitos fundamentais, pois que o direito da natureza é a expressão moderna do direito natural, já "que pertence indistintamente a todos os homens, pois que os rios e as florestas não possuem direitos em nome próprio".

É sob essa perspectiva – direitos fundamentais ecológicos – que iremos abordar a "tributação ambiental".

A tributação ambiental pode ser singelamente conceituada como

> o emprego de instrumentos tributários para gerar recursos necessários à prestação de serviços públicos de natureza ambiental (aspecto fiscal ou arrecadatório), bem como para orientar o comportamento dos contribuintes à proteção do meio ambiente (aspecto extrafiscal ou regulatório) (COSTA, 1998, p. 297).

Dentre as três políticas ambientais normalmente identificadas pela doutrina – as regulatórias, as estruturadoras e as indutoras de comportamento – interessa-nos, para o presente estudo, esse último grupo, uma vez que a tributação ambiental tem por escopo induzir comportamentos.

De efeito, conforme asseveram Cunha e Guerra (2003, p. 45),

> as políticas indutoras referem-se a ações que objetivam influenciar o comportamento de indivíduos ou grupos sociais. São normalmente identificadas com a noção de desenvolvimento sustentável e são implementadas por meio de linhas especiais de financiamento ou de políticas fiscais e tributárias.

Tais técnicas indutoras, de estímulo comportamental, registre-se, são de uso cada vez mais freqüente no mundo inteiro, e fazem com que, ao lado do ordenamento protetivo-repressivo (tradicional), forme-se uma nova concepção do ordenamento jurídico, como "ordenamento com função promocional" (YOSHIDA, 2005, p. 538).

O fio condutor da discussão diz, pois, com a capacidade de influenciar comportamentos. "Com a sanção positiva ou premial", prossegue Yoshida (2005, p. 539),

> busca-se tornar mais atrativa a operação, assegurando a quem a realiza a obtenção de uma vantagem ou a supressão de uma desvantagem. É o caso da atribuição de um prêmio ou de uma isenção fiscal. Alguns Estados brasileiros, notadamente Minas Gerais e Paraná, têm aperfeiçoado sua legislação sobre o chamado "ICMS ecológico", cuja técnica de incentivo consiste em contemplar com quinhões maiores de receita do ICMS os municípios que têm legislação em favor da preservação do meio ambiente e da correção de desvios prejudiciais à fauna e à flora. As medidas de desestímulo cumprem uma função predominantemente de conservação social, enquanto as medidas de estímulo, função predominantemente de mudança social.

Por isso, incorporaram-se, na legislação ambiental, alguns mecanismos "indutores", tal como o princípio do poluidor-pagador, o qual

> [...] sinaliza no sentido de que os potenciais poluidores devem arcar com a responsabilidade pelo pagamento das despesas estatais relacionadas com a precaução e a preservação dos riscos ambientais. O poluidor que se apropria do lucro em suas atividades poluentes, não pode externalizar negativamente a poluição que produz. Já o princípio do consumidor-pagador "aponta no sentido de que aquele que usufrui os bens de uso comum do povo deve pagar por eles" (TORRES, 2005, p. 27-28).

Portanto, o alcance do tributo-ambiental transcende a mera expectativa arrecadatória, centrando o foco na função indutora de comportamentos ecologicamente saudáveis. Para tanto, utilizam-se técnicas legislativas premiais, como o ICMS ecológico adotado em vários Estados da federação, ao lado da legislação repressora-punidora que não pode, evidentemente, deixar de existir.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A sociedade de risco, em sua complexidade, fez com que os interesses juridicamente relevantes sejam caracterizados como individuais e transindividuais – coletivos e difusos. O direito ambiental insere-se nos chamados interesses difusos, até porque possui especificidades próprias (as decisões, as políticas públicas de hoje, em caráter local, regional, nacional e planetário, afetarão as gerações futuras).

Para conferir densidade política ao debate, impende sejam restabelecidas, revalorizadas e revitalizadas as práticas democráticas (via relegitimação dos Parlamentos) e a construção de uma democracia sustentável desprendida dos

vínculos estreitos dos limites territoriais das fórmulas do Estado (Moderno) (MORAIS, 2005, p. 621).

Demais,

> [...] qualquer esforço no sentido de tornar a democracia contemporânea na América Latina mais orientada para a dimensão social passa, inevitavelmente, pelo fortalecimento de suas instituições políticas, particularmente dos partidos políticos. Os Estados modernos não podem ser concebidos à margem dessas organizações (BAQUERO, 2000, p. 7).

Enfim, é mesmo possível admitir o direito tributário na nova sociedade de risco, fruto desse consenso político amalgamador da democracia, como instrumento indutor de comportamentos ecologicamente sensatos. Daí a importância singular da tributação ambiental, com o estabelecimento de um ordenamento jurídico capaz de estimular atitudes eco-positivas ("sanção premial"), em paralelo ao instrumental punitivo-repressor já existente, com a identificação de conceitos e categorias consagradas pela doutrina, pela jurisprudência e pela lei, como a do "poluidor-pagador" e do "consumidor-pagador".

Tecnologias jurídicas criativas, como a do ICMS ecológico, já adotado em alguns Estados Membros, parecem indicar o horizonte dessas novas possibilidades, dessa nova relação que surge entre o Estado, a sociedade, o homem e seu ambiente.

6 REFERÊNCIAS

BAQUERO, Marcelo. *A vulnerabilidade dos partidos políticos e a crise da democracia na América Latina*. Porto Alegre: Ed. da Universidade/UFRGS, 2000.

BOEIRA, Sérgio Luís. *Desenvolvimento urbano e crise de paradigmas*: o caso da região de Florianópolis. Trabalho apresentado na III mostra de pesquisa em administração, Biguaçu, Univali, 2004.

COSTA, Regina Helena. Tributação ambiental, In: FREITAS, Vladimir Passos de (Org.). *Direito ambiental em evolução*. 1. ed. Curitiba: Juruá,1998.

CUNHA, Sandra; GUERRA, Antônio José Teixeira (Org.). *A questão ambiental*: diferentes abordagens. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003.

MESSENBERG, Débora. *A elite parlamentar pós-constituinte*. São Paulo: Brasiliense, 2002.

MORAIS, José Luís Bolzan de. Novos direitos e tributação: perspectivas necessárias para uma nova eco-tributação. Anotações preliminares. In: TORRES, Heleno Taveira (Org.). *Direito tributário ambiental*. São Paulo: Malheiros, 2005.

NOGUEIRA, Marco Aurélio. *As possibilidades da política*. São Paulo: Paz e Terra, 1998.

TORRES, Ricardo Lobo. Valores e princípios no direito tributário ambiental. In: TORRES, Heleno Taveira (Org.). Direito tributário ambiental. São Paulo: Malheiros, 2005.

URICOECHEA, F. *O minotauro imperial*. São Paulo: Difel, 1978.

YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato. A efetividade e a eficiência ambiental dos instrumentos econômico-financeiros e tributários: ênfase na prevenção. A utilização econômica dos bens ambientais e suas implicações. In: TORRES, Heleno Taveira (Org.). *Direito tributário ambiental*. São Paulo: Malheiros, 2005.

A PAZ COMO "PROCESSO"! PROJETO ESTADUAL AGENTE DA PAZ

Idéias, aportes e ações parceiras

Sandra Mári Córdova D'Agostini*

Coordenação do projeto: Associação dos Magistrados Catarinenses — Departamento da Família, Idoso, Infância e Juventude — Comissão Estadual Pró-Infância e Juventude.

1 RESUMO

Este trabalho tem como fio condutor o Projeto Estadual Agente da Paz, de iniciativa da Comissão Estadual Pró-Infância e Juventude da Associação dos Magistrados Catarinenses, que vem sendo desenvolvido em parceria com outras instituições públicas e privadas, a partir das redes de ensino estadual, municipal e particular, em algumas comarcas do Estado. O objetivo é apresentar, nessa nova edição do Estatuto da Criança e do Adolescente – colocada à disposição da população pelo Tribunal de Justiça do Estado –, alguns pontos temáticos e ações desenvolvidos com maior detalhamento, tanto na proposta macro do Projeto quanto no Projeto de Seminários Regionais de "Formação de Multiplicadores" – esse último como conseqüência daquele — que vem

* Sandra Mári Córdova D'Agostini, autora deste artigo, é pedagoga da Secretaria de Estado da Segurança Pública e Defesa do Cidadão, especialista em violência doméstica pela USP, mestranda em gestão de políticas públicas e Coordenadora Pedagógica do Projeto Estadual Agente da Paz. Participaram como revisores desta comunicação Sônia Maria Mazzetto Moroso, Juíza de Direito da Vara da Infância e Juventude de Balneário Camboriú, Presidente da Comissão Estadual Pró-Infância e Juventude da Associação dos Magistrados Catarinenses – AMC e Coordenadora-Geral Estadual do Projeto Agente da Paz, e Ricardo Luis Dell'Agnolo, Promotor de Justiça da Curadoria da Infância e Juventude de Balneário Camboriú. O Projeto Agente da Paz na íntegra, seu histórico, suas bases teórico-legais fundantes, suas parcerias e desenvolvimento até o presente momento, está disponível no *site*: www.amc.org.br.

atender ao eixo enfocando o tema "Por uma Nova Cultura de Paz, apoiado nos princípios e pressupostos da Educação para uma cultura de paz e não-violência" (ONU/Unicef). Também se faz um esforço no sentido de realizar um balanço da trajetória das ações, práticas e políticas que nortearam e desencadearam campanhas, projetos e programas em todo o mundo, que têm como "idéia-força" a Paz, a partir da última década do século passado. Destacam-se algumas de suas novas tendências, pedras-angulares, áreas temáticas, práticas, além de inovações no campo da educação formal e as articulações com a educação não-formal, a partir de uma leitura inter/trans-diciplinar e interinstitucional.

2 Caminhos de paz! Gênese da idéia e cenário internacional

Múltiplos dirigentes e estudiosos globais têm chamado a atenção para o fato de que o século XX terminou com um balanço calamitoso, levando alguns, até mesmo, a intitulá-lo "século assassino". No trágico balanço de seres humanos mortos pelo ódio do século, pesam os crimes cometidos contra os que foram eleitos como inimigos apenas por serem, crerem ou pensarem de forma diferente. Após a Segunda Guerra Mundial, foi concebido um vocábulo próprio para defini-los: genocídio. Esse entrou no glossário dos horrores da humanidade contemporânea. Nos crimes por genocídio, é encontrado o extermínio de muitos povos. Em um século de tais crimes, "16 a 17 milhões de pessoas perderam a vida" (FRANÇA, 2003, p. 2).

A queda do muro de Berlim (1989) e o fim da Guerra Fria não significaram para a humanidade a instauração de um período de paz. O fracasso de uma modernidade que desejava a tolerância e o insurgir de inúmeras guerras étnicas e religiosas colocaram a temática da paz como um dos principais pontos da agenda do fim do século passado (GUIMARÃES, 2000b).

Tais conflitos levaram os líderes mundiais e muitos cidadãos, por meio de organizações de base – as ONGs –, a equacionar a questão da guerra a partir da seguinte idéia-chave: as guerras originam-se em conflitos que devem ser transformados ou mesmo prevenidos sem consentir que declinem em conflitos armados. Assim, na virada de século também são mudados os paradigmas no interior dos movimentos para a paz. Antes, tais movimentos, pacifistas, cotejavam as políticas militaristas dos governos. Agora, os movimentos para a paz ocupam-se de uma gama cada vez mais diversificada de áreas de intervenção, a saber: a implementação dos Direitos Humanos,

da democracia, da justiça social, da proteção do ambiente, da solidariedade internacional e da igualdade do gênero.

A cultura global favoreceu a percepção das necessidades mundiais, e o desenvolvimento de tecnologias da comunicação possibilitou a integração e a (inter) dependência entre os membros do planeta. Ao mesmo tempo, o desmantelamento dos blocos econômicos provocou um processo de desvelamento da realidade circundante, um desnudamento da pobreza e uma tomada de consciência da miséria e a abissal desigualdade – instaladas em muitos países. As situações da degradação do ambiente, da economia e da cultura fazem a humanidade experimentar o problema da fragilidade do ser e arrolar uma agenda ética comum.

2.1 A emergência da paz hoje

A paz tem emergido, agora, não só como clamor e desejo universal, mas como um dos campos no qual opera certo consenso, em que a civilização ocidental explana sua idéia de bem. Os estudos sobre a paz começam a se libertar do império dos estudos militares ou sobre a guerra, para ganhar autonomia e abrangência própria. A problemática da paz está sendo circunscrita de modo compreensivo, desde assuntos do psiquismo humano ou da organização socioeconômica e política, abarcando igualmente a dimensão cultural. As análises compreendem desde a recusa categórica de que a guerra esteja inscrita no programa genético humano até a proposição de novas perspectivas e passam "pelo desnudamento dos mecanismos de constituição de uma cultura de violência e pelo conhecimento do papel de certas agências, na expressão e produção da cultura de violência" (FRANÇA, 2003, p. 6-7).

Esse interesse mundial fez a ONU declarar o ano 2000 como o "Ano Internacional por uma Cultura de Paz" e manter, por meio da Unesco (sua agência especializada), um programa específico para a promoção da cultura de paz; o que seu diretor à época, Federico Mayor, justificou plenamente ao recordar que a Unesco foi fundada para instaurar a paz por meio da educação e da cultura.

A maior parte dos estudos, em diferentes enfoques e recortes, caminha no sentido de confirmar que a obra da educação em geral e a elevação do nível escolar em particular são a primeira alavanca para se implementar uma cultura da paz.

Os dirigentes mundiais, sabedores de que a empreitada de mudar as mentalidades a favor de uma cultura para a paz não se exaure nem de longe num ano, levaram a ONU a proclamar a década de 2001 a 2010 como a "Década Internacional da Cultura para a Paz e da Não-Violência".

A Unesco criou, então, um programa mundial, a partir do texto redigido por um conjunto de personalidades agraciadas pelo prêmio Nobel da Paz. Tal texto traduziu-se no "Manifesto 2000", que apresenta como tópicos fundamentais as seguintes orientações: respeitar todas as vidas, rejeitar a violência, partilhar a generosidade, ouvir para compreender, preservar o planeta e (re)inventar a solidariedade.

2.2 A prevenção de conflitos

A tomada de consciência coletiva dessas novas perspectivas leva à temática da prevenção de conflitos como nova estratégia e aplicação da não-violência, fundada no pressuposto de que a prevenção é melhor do que a cura. O imperativo da prevenção dos conflitos violentos tornou-se cada vez mais manifesto por várias razões: as guerras civis causariam sofrimentos maciços e abissais violações dos direitos humanos; os custos dessas catástrofes humanitárias seriam (e são) visíveis não só nos sofrimentos humanos, mas, também, nos custos políticos e sociais do aniquilamento da democracia, dos sistemas políticos e até mesmo na desintegração dos Estados; os excessivos custos das operações humanitárias e da manutenção das forças militares da ONU colocariam em xeque a própria estrutura da cooperação – só uma pequena parte desses custos é investida nas atividades de prevenção de conflitos; os conflitos violentos estariam a ameaçar a segurança internacional; as respostas habituais da comunidade internacional seriam inadequadas. Todos esses fatores levam a concluir que a prevenção dos conflitos é necessária e possível!

2.2.1 A estratégia: efetivar o caminho da não-violência!

É necessário pensar a não-violência. Ao dizer não à violência, aquela que dominou a história da humanidade, o ser humano criou o conceito da não-violência. Essa noção está mais do que nunca no centro dos debates. Marcada pela coragem, o amor à liberdade e o domínio de si mesmo, a não-violência acaba por ser o oposto de uma atitude absorta e passiva. Criadora, atuante, pode acelerar a dinâmica social, favorecer a justiça e a democracia.

As sociedades contemporâneas têm grande necessidade desse mecanismo para se libertarem do império de todas as formas de violência — política, econômica, cultural – que privam os seres humanos do seu direito à palavra e mesmo à vida. O sucesso da não-violência é também o do debate democrático, ou seja, do diálogo entre cidadãos, a fim de decidirem seu destino comum (D'AGNINO, 1994). Para melhor compreender os desafios éticos e políticos da não-violência, é necessário ter presentes a sua história e as diferentes figuras que a encamparam, passando de uma cultura a outra ao longo do tempo.

2.2.2 A construção da paz pela prevenção e mediação dos conflitos!

A Unesco define cultura de paz como o conjunto de valores, atitudes, tradições, comportamentos e modos de vida fundados sobre uma série de aspectos, como, por exemplo, o respeito à vida, ao princípio de soberania, aos direitos humanos, à promoção da igualdade entre homens e mulheres e à liberdade de expressão, o compromisso de resolver pacificamente os conflitos, os esforços desenvolvidos para responder às necessidades planetárias e a promoção do desenvolvimento dos povos e entre eles.

O conceito de cultura de paz reconhece que a paz tem, além de raízes sociais, econômicas e políticas, uma base cultural. A cultura, por um lado, diz respeito às expressões produzidas e criadas pela humanidade e, portanto, como uma realidade ligada ao ato de aprender, transmitir, educar; por outro, como aquilo que subjaz a essas mesmas expressões. Aqui o conceito de paradigma pode ser esclarecedor. E é exatamente nesse sentido que se quer conduzir esta reflexão sobre cultura de paz, servindo-nos especialmente da categoria de transição ou mudança de paradigmas.

Igualmente o conceito da paz é redefinido. Paz não é só a ausência de guerra. Cada vez mais a paz é vista como um processo dinâmico, que estrutura as nossas vidas, processo participativo em longo prazo, alicerçado em valores universais e praticado cotidianamente na família, na escola, na comunidade local, na nação, nos centros mundiais – universidades e institutos da paz – nos quais estão a redefinir as novas estratégias internacionais para a paz. Não se pensa só na reconstrução após as guerras, mas é posto o acento na transformação dos conflitos e, na medida do possível, na sua prevenção, transformando-os em processos de cooperação antes de declinarem em

guerras e destruições. A "idéia-força" está na educação para a não-violência. A não-violência ativa também se aprende e essa aprendizagem faz-se de práticas pedagógicas, tais como a escuta ativa, o diálogo, a mediação e a cooperação (CANDAU, 1999).

Cada vez mais pessoas no mundo se convencem de que a cultura da paz é de responsabilidade de cada cidadão. Por isso, o Manifesto 2000 procura afirmar a idéia de que é o indivíduo, mais do que o Estado, o responsável, o ator central para a criação de um mundo de paz. A cultura para a paz está-se transformando num movimento global – movimento de movimentos –, no qual cada um, trabalhando para os direitos humanos, praticando a não-violência, a democracia, a justiça social, o desenvolvimento sustentado e a igualdade do gênero, sente-se unido, numa grande aliança, em favor de uma transformação social.

3 O CENÁRIO BRASILEIRO

Estudos recentes divulgados pela Unesco informam que a taxa de mortalidade no Brasil caiu de 633 em 100 mil habitantes, em 1980, para 573 em 100 mil habitantes, no ano de 2002. Isso poderia ser considerado perfeitamente um fator de avanço no que se refere à instituição de uma cultura da paz. Entretanto, a taxa referente aos jovens cresceu, passou de 128 para 137 em 100 mil, no mesmo período, e as principais causas da mortalidade juvenil são os homicídios e os acidentes de trânsito. Ainda, segundo esses estudos, a cada 13 minutos um brasileiro é assassinado; a cada 7 horas uma pessoa é vítima de acidente com arma de fogo; um cidadão armado tem 57% mais chances de ser assassinado do que os que andam desarmados; as armas de fogo provocam um custo ao SUS de mais de 200 milhões de reais por ano; no Brasil, por ano, morrem cerca de 25 mil pessoas vítimas do trânsito e 45 mil morrem vítimas de disparos de armas de fogo.

Vale a pena ressaltar que a situação brasileira merece destaque mundial. Nesse sentido, os números da violência no Brasil são alarmantes e exigem a mobilização imediata da sociedade. De acordo com a Organização das Nações Unidas, a nação brasileira é a que mais mata com arma de fogo no mundo. Nos últimos vinte anos, o número de brasileiros assassinados aumentou 237%. Entre 1991 e 2000, o crescimento foi de 50,2%. Todos os anos uma média de 50 mil pessoas é assassinada no País; cerca de 45 mil são vítimas do uso de arma de fogo. Destaca-se a dimensão das tragédias provocadas pela banalização do uso de armas de fogo porque cerca de 65%

dos assassinatos, nessas circunstâncias, são cometidos por cidadãos sem antecedentes criminais, e 70% ocorrem por motivos fúteis[1].

Faz-se pertinente pontuar, a partir desses indicadores, que o problema da violência e seus efeitos no cotidiano das famílias brasileiras não se restringe ao fato de existirem violências cuja materialidade consiste somente no uso de armas de fogo. Muito embora aqui não seja possível o aprofundamento da questão, cabe considerar que, dentre as realidades de violências, estão presentes as mais diversas formas de abusos: agressão física e moral; violência psicológica, contra as mulheres, contra as crianças/adolescentes, ou, ainda, violências contra as diversidades étnicas e culturais. Violências sutis nas suas mais diversas formas de manifestação, que, em muitas situações, por mais contraditório que possa parecer, são cometidas pelos próprios organismos e instituições que, pelo menos no plano formal, estão ancoradas nos princípios da garantia e da defesa de direitos[2].

Essa situação se agrava a partir do momento em que se estabelecem relações diretas entre essas materialidades violentas e a construção dos instrumentos mediadores das relações humanas, que também são materiais, sejam elas estabelecidas entre adultos, adultos e crianças, ou, ainda, entre crianças e adolescentes.

Assim, não há mais espaço para omissão quanto à necessidade de reflexão, e devem haver efetivas ações pedagógicas de educação formal/informal para o enfrentamento do problema.

Acredita-se, como Paulo Freire (1997, p. 274), que:

> O exercício de pensar o tempo, de pensar a técnica, de pensar o conhecimento enquanto se conhece, de pensar o quê das coisas, o para quê, o como, o em favor de quê, de quem, o contra que, o contra quem, são exigências fundamentais de uma educação democrática à altura dos desafios do nosso tempo.

4 O CENÁRIO CATARINENSE

Gilberto Dimenstein (1999, p. 7), articulista da "Folha de São Paulo", comentando pesquisa realizada na Capital catarinense em 1998, argumenta que:

1 Ver em Mapa da Violência IV: os Jovens do Brasil. Juventude, Violência e Cidadania. Brasília: 2002.

2 Sobre essa temática, sugere-se a leitura da obra Entre violentados e violentadores (1998), de Josiane Petry Veronese (professora da UFSC).

> [...] Florianópolis registrou 29 homicídios. Traduzindo: cinco mortes para cada 100 mil habitantes. Com uma população de 300 mil pessoas, a capital de Santa Catarina fez dessa estatística um pólo de atração de migrantes refinados, cansados da violência urbana, e virou notícia, por ser a taxa mais baixa entre as capitais brasileiras.

Em resposta a esse resultado, aparece a tese do "capital social" – e também uma explicação sobre como as cidades podem ajudar ou não a aliviar a violência, diz Dimenstein[3]. Havendo, por exemplo, numa comunidade um *adolescente ou um jovem adulto* (grifo nosso) com conduta agressiva ou desviante, mas com lideranças capazes de orientá-lo, o capital social[4] daquela comunidade seria alto. Todavia, quando a conduta desviante é enaltecida, o poder é exercido por gangues, as famílias são conflitivas etc., o paradigma passa a ser "a marginalidade" – agrega o autor, e o capital social, assim, é baixo ou inexistente.

Inúmeras pesquisas cotejadas na mesma problemática, até mesmo com recortes diferentes, apontam resultados semelhantes a esses. Algumas evidenciam que países chamados periféricos, dentre eles o Brasil, são assinalados por profundas desigualdades, por migrações para centros urbanos com fortes apelos de consumo, e isso é um dos fatores da destruição dos laços familiares e comunitários constituídos nas cidades de pequeno porte, em razão do desemprego, ou subemprego – e, por conseqüência, dificuldades materiais de subsistência –, falta ou dificuldade de acesso à Justiça e de segurança pública. Para além desses fatores, há problemas assentados na gênese da formação social, política e cultural da sociedade brasileira que gestam, reproduzem e aprofundam violências, tais como as praticadas contra mulheres, crianças e adolescentes, idosos e outros grupos sociais. Não é à toa que as pesquisadoras Azevedo e Guerra (1989), ambas do Lacri/USP,

3 Dimenstein (1999, p. 7) define "capital social" como "a medida das relações que um indivíduo tem. Relações capazes de integrá-lo e fazê-lo prosperar, desviando-se a percepção de marginalidade. É medido pela força das igrejas [...], da família, da escola, dos centros de saúde e comunitários, dos espaços para lazer". cit, p. 7). Contudo, há divergências sérias quanto a essa tese para o caso brasileiro. Mas, nos limites de um artigo, é impossível resumir a complexidade dos argumentos trazidos por vários autores. Entretanto, sugere-se a leitura de ensaios e obras de Jessé Souza, um dos nossos mais ilustres sociólogos brasileiros, atualmente, quando trata da temática da cidadania e da construção social da sub-cidadania brasileira, nos quais coloca a idéia aqui resumida: a tese do capital social não se aplicaria a países periféricos, como o Brasil, porque não teríamos "capital econômico" e "capital cultural" existentes nos países centrais (SOUZA, 2003).

4 O conceito de "capital social" foi desenvolvido por Pierre Bourdieu em 1976, ao discutir a idéia de campo, ou campo científico, como sendo um espaço no qual se manifestam relações de poder, o que implica em dizer que ele, o capital social, estrutura-se a partir da distribuição desigual de poder e da autoridade. O conceito foi e é revisitado por díspares estudiosos de diferentes áreas, de modo convergente, cotejado ou modificado.

em várias de suas obras, denunciam que o Brasil é "rico, macho, branco e adultocêntrico" .

Retomam-se aqui as considerações de Dimenstein (1999, p. 7), pois esse afirma que a capacidade de as cidades lidarem com a violência vai estar "[...] diretamente associada à sua habilidade em aumentar o capital social, não só distribuindo renda, mas apostando em espaços de convivência e integração".

A partir dessas considerações, é possível ventilar uma hipótese que remete à necessidade de se instituir processos pedagógicos capazes de intervir na própria constituição de hábitos socialmente estabelecidos, que têm como ponto de partida a execução de ações cuja centralidade esteja em viabilizar processos de desarmamento[5]. Entretanto, as questões referentes às estratégias de desarmamento não podem deixar de considerar os aspectos subjetivos que envolvem a problemática da violência. O fato de a sociedade passar a ter uma atitude de entrega das armas de fogo, considerando os índices anteriormente apresentados, deve estar associado a uma predisposição subjetiva do desarmar-se, no sentido de rompimento da cultura e do hábito do medo, do medo do outro, abrindo espaços para o diálogo, para a conversação, para novas formas de relações sociais, mais solidárias, verdadeiras e humanizadas.

Assim sendo, instituir processos pedagógicos de sensibilização da sociedade brasileira para a necessidade urgente do estabelecimento de uma cultura da paz é uma tarefa que compete a todos e é responsabilidade inerente a algumas profissões, que deve ser adotada institucionalmente no âmbito dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Tal urgência possui uma dimensão factual, ou seja, corre-se, atualmente, o sério risco de, em pouco tempo, verem-se comprometidas, de forma definitiva, todas as possibilidades de perpetuação da espécie humana, tendo em vista os indícios presentes na realidade que desfila ante olhares tão acostumados com a ausência da paz. Preparar o olhar, as subjetividades e transformar a realidade da ausência de paz num termo muito simples, ou seja, o "desarmar-se" é tarefa preponderante e vincula-se diretamente às possibilidades de constituição de uma sociedade democrática, ancorada nos princípios de inclusão social, ética de defesa da vida, cidadania e justiça (também nos pressupostos da justiça-mediada[6]).

5 Não só no sentido de entregar armas de fogo, mas desarmar os espíritos sempre prontos à beligerância e ao confronto.

6 Nessa perspectiva, sugere-se ver o Projeto Casa da Cidadania do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, disponível em http:www.tj.sc.gov.br

5 Projeto agente da paz: construção, pressupostos e trajetória

5.1 Breves comentários

Hoje se pode dizer que a segunda pedagogia-escolar está no aprender a (co)existir, e que essa atitude se tornou tão fundamental como o era na primeira: ler, escrever e calcular. A busca da paz supõe, também, estar coligada a porta-recurso às ciências humanas. Biólogos reunidos em Sevilha – nos anos de 1986 do século passado – fizeram a seguinte declaração: "a biologia não condena a humanidade à guerra. A mesma espécie que inventou a guerra é capaz de inventar a paz. A responsabilidade é de cada um de nós" (UNESCO, 1986).

Partindo dessa suposição e "idéia-chave", o Projeto Estadual Agente da Paz adota o conceito de que paz e violência não são fenômenos naturais ou manifestações do processo vital, mas dizem respeito à esfera das relações humanas e sociais, e, como tais, devem ser abordados. Como lembrado por Sonia Passos (2001), disse Chico Buarque de Holanda — um dos nossos maiores poetas recentes e expoente da música genuinamente brasileira — "você que inventou o pecado, esqueceu de inventar o perdão; você que inventou a tristeza, ora tenha a firmeza de desinventar".

A "Educação para a Paz", seja na formação de professores e demais educadores sociais ou comunitários, seja por meio das atividades e ações práticas, parece ser o espaço educativo no qual as pessoas podem "desinventar a violência", firmando-se como cidadãos ativos pacifistas, de direitos humanos e de cidadania, que se inserem no quadro global da humanidade que caminha em direção à paz, a fim de arquitetar frentes de promoção dos novos paradigmas.

5.2 O Agente da Paz Estadual

O Projeto Agente da Paz nasceu por iniciativa da Associação dos Magistrados Catarinenses (AMC), por meio da Comissão Estadual Pró-Infância e Juventude da AMC – presidida pela Juíza Sônia Maria Mazzetto Moroso –, em parceria com o Poder Judiciário estadual, Poder Legislativo estadual, Poder Executivo estadual por intermédio de suas Secretarias Estaduais de Educação, Ciência e Tecnologia, de Saúde e da Segurança Pública e

Defesa do Cidadão, Ministério Público estadual, Universidade Estadual de Santa Catarina – Udesc —, Conselho Estadual dos Direitos da Criança e do Adolescente e Fundação Maurício Sirotski Sobrinho — RBS.

É importante lembrar que toda essa realidade de violências presente no cotidiano dos brasileiros vem merecendo destaque e preocupação por parte de nossas autoridades, sejam elas do Poder Executivo, Legislativo ou Judiciário. Nisso, pode-se destacar "O Pacto pela Paz", instituído pela ONU, do qual o Brasil é signatário. A "Declaração e Plano de Ação para uma Cultura de Paz", aprovada por unanimidade pela Assembléia-Geral das Nações Unidas, em 13 de setembro de 1999, elegeu a década 2001—2010 para a dedicação total a uma "Cultura de Paz e Não-Violência" às crianças do mundo, "sendo obrigação dos países signatários o resgate de valores, atitudes, tradições e estilos de vida voltados para a Paz com sua incorporação a nossa conduta diária" (ONU, 1999).

O Projeto constitui um dos desdobramentos das campanhas em favor da paz que vêm sendo realizadas nos últimos anos em todo o mundo, em várias regiões do Brasil e em parte do Estado de Santa Catarina. Contudo, mais do que fertilizar tais campanhas – periódicas e pontuais – adota sua definição como "processo", constituído a partir e com a constituição de uma rede de relações (inter) institucionais e (multi) profissionais, das esferas estatais e da sociedade civil organizada, aí envolvidos os três poderes da República, com a participação do Ministério Público (D'AGOSTINI; MOROSO, 2005; D'AGOSTINI, 2006).

Assim perspectivado, propõe a ampliação de ações parceiras para o enfrentamento da violência nas suas diferentes manifestações que, infelizmente, permeia e perpassa a nossa sociedade em escala crescente. Para tanto, um de seus escopos-meta é trabalhar no sentido de substituir a cultura da violência instalada – poder-se-ia dizer, institucionalizada –, por uma nova cultura: de paz (D'AGOSTINI, 2006).

As diretrizes principais partem de dois eixos: (a) formação de multiplicadores do Projeto e (b) ações pedagógicas desenvolvidas a partir dos ambientes escolares.

A idéia é promover, na Semana da Paz[7] (5 a 12 de outubro), diversas atividades voltadas para a temática da cultura da paz, sem prejuízo das ações

7 Cabe registrar que a Semana da Paz como Lei Estadual já é uma realidade no Estado de Santa Catarina. Constitui resultado de amplos esforços e articulações entre os três poderes, representados no Projeto

desenvolvidas ao longo do ano. A eleição da "Semana da Paz" significa o coroamento das atividades, o momento no qual há exteriorização das ações. Nesse caso, as crianças e adolescentes que praticaram ações em prol da paz (entrega de armas de brinquedo, redações, poesias, peças teatrais, músicas etc.) se credenciarão ao título de "Agente da Paz", conferido pelo Poder Judiciário em parceria com a Associação dos Magistrados Catarinenses (D'AGOSTINI; MOROSO, 2005; D'AGOSTINI, 2006).

O objetivo central do projeto é promover espaços de articulação, reflexão, formação e implementação de ações que têm como temática a cultura da paz, em todo o Estado de Santa Catarina. Na ótica dos idealizadores do Agente da Paz, a educação para a paz implica em um amplo processo participativo que busque mudar o nosso jeito de pensar, mudar nossos hábitos e promover o aprendizado da paz, da ética, da solidariedade e da cidadania-ativa (como fortalecimento e ampliação da democracia e da justiça) – em convergência-consonância com esse conjunto temático – idéias-força – proposto pela ONU e Unicef –, a ser desdobrado em sub-temas, de acordo com as necessidades e particularidades de cada local, comunidade escolar (aí abrangidos grupos e representantes comunitários) e sociedade em geral (D'AGOSTINI; MOROSO, 2005; D'AGOSTINI, 2006).

Desse modo, a escola apresenta um papel crucial no desenvolvimento do Projeto, por ser agência formadora de cidadania política, social e democrática, mas, antes e principalmente, como espaço de humanização das relações pessoais, (inter)pessoais e sociais (D'AGOSTINI; MOROSO, 2005; D'AGOSTINI, 2006). Daí a proposição para que o desenvolvimento do Projeto seja com as escolas e a partir delas, sem prejuízo de outros espaços institucionais e comunitários existentes, que venham a engajar-se no decorrer do processo (D'AGOSTINI; MOROSO, 2005; D'AGOSTINI, 2006).

O público-alvo do Projeto, portanto, são crianças e adolescentes integrantes ou não da rede de ensino público e privado, além dos pais, familiares, professores, autoridades e comunidade em geral.

Agente da Paz. A Lei n. 13.839/06 foi sancionada pelo Governador Eduardo Pinho Moreira, em 21 de agosto deste ano.

5.3 Um cenário local: Balneário Camboriú – primeiros sinais de mudança?

Cumpre aqui registrar, primeiramente, algumas razões determinantes do realce do município e comarca de Balneário Camboriú nesta parte do trabalho: (1) a proximidade geográfica entre os responsáveis pelo desenvolvimento do Agente da Paz e as instituições que compõem a rede de atenção às crianças e adolescentes constituem fator facilitador da necessária articulação interinstitucional; (2) o projeto efetiva-se com as escolas e a partir delas; (3) em decorrência do fenômeno da violência ocorrida no interior e entorno das escolas, surgiu a idéia de um diagnóstico que pudesse orientar as ações de enfrentamento da problemática.

A partir daí e para atender a esse objetivo, uma pesquisa[8] foi levada a efeito, entre os dias 22 e 31 de maio do ano em curso, desdobrada em três grandes eixos temáticos: violência no meio escolar, familiar e social, que abrange toda a rede de ensino municipal. Do universo pesquisado, foram atingidos 13.225 alunos, 655 professores e 333 diretores, orientadores e funcionários. Do total dos questionários, foram analisados, por amostragem, 19,2% dos respondidos pelos alunos, a partir da 4ª série do ensino fundamental, e de 40,2% daqueles dos educadores, diretores e funcionários das instituições de ensino. Este espaço não se destina ao estudo aprofundado dos dados recolhidos, mas alguns merecem destaque, como, por exemplo: 3,9% dos adolescentes pesquisados foram vítimas de violência sexual doméstica. Parece pouco. Entretanto, se considerados os números absolutos, são 500 "vidas" ainda adolescentes que sofrem (ou já sofreram, até mesmo na infância) com esse tipo de violência tida como uma das mais cruéis e perversas, a qual, além de degradante e altamente destrutiva em todos os sentidos, vem acompanhada de violência psicológica ou física ou de ambas. Ademais, são praticadas justamente por quem teria o "poder-dever" de amá-los, protegê-los e educá-los[9].

Outros dados levantados referentes a esse mesmo recorte: 51,2% "não denunciou por medo", 20,2% "contou, mas não acreditaram", 15,5% denunciou e, por conseqüência, houve autuação; esse tipo de violência

8 Cabe ressaltar que tal pesquisa decorreu a partir da iniciativa e esforço de instituições educacionais parceiras do Projeto, por meio de uma comissão instituída para esse fim, sob a coordenação (e sistematização) da direção do Colégio Unificado, desta cidade. Ademais, ela tem servido de estímulo e referência para outras comarcas, nas quais o Projeto vem sendo lançado.

9 Essa problemática pode ser vista de forma mais detalhada em meu livro, Adolescente em conflito com a Lei... & a realidade! 2003. Especialmente nos capítulos I e IV.

aparece em todas as escolas, independentemente da classe social dos alunos, demonstrando, assim, seu aspecto adjacente a fatores históricos e culturais, dentre outros.

Outros indicadores reveladores da questão da violência, dentro das escolas, nos seus arredores e no âmbito familiar e social, parecem ser bastante significativos. Contudo, mesmo já tendo sido publicados, ainda não se tem suficiente conhecimento, porque muito recentes para se fazer uma leitura quanti-qualitativa dos resultados. Além disso, estão sendo objeto de estudos dentro de várias comissões formadas para, de modo amplo, avaliar as políticas públicas direcionadas à população infanto-adolescente na comarca de Balneário Camboriú, o que certamente proporcionará uma mais intensa participação da sociedade na busca de soluções para díspares problemas ligados à área.

Partindo-se dessa ordem de idéias e reflexões, os dados apontados remetem e aconselham o redesenho das ações a serem efetivadas no local. E aí reside o que pode ser considerado como avanço substancial resultante da pesquisa realizada, na medida em que permite conhecer uma realidade que muitos insistem em não ver ou, de outro modo, esconder, ao argumento de que as várias formas de violência não ocorrem nos espaços, públicos e privados, que são considerados "seguros", ou quando sustentam que o problema da violência é sempre "dos outros" (de outras instituições públicas ou de outras pessoas), no velho paradigma da transferência da responsabilidade.

Por iniciativa da Secretaria Municipal de Educação de Balneário Camboriú, o desfile cívico de 7 de setembro do ano corrente teve como tópico central o Projeto Agente da Paz. Quarenta escolas que compõem as redes de ensino municipal, estadual e privada, além de outras entidades públicas e civis, desfilaram com faixas, cartazes e alegorias que continham lemas e subtemas alusivos ao Projeto, que tinham como principais escopos (re) afirmar sua integração e, ao mesmo tempo, sensibilizar a comunidade em geral quanto à necessidade de construir uma "cultura de paz", em substituição à "cultura da violência". Essa iniciativa ocorre no espaço privilegiado da educação, exatamente aquele atingido pela pesquisa sobre percepção da violência e no qual, como parece decorrência lógica, devem ser centrados esforços para mudar a conduta daqueles que futuramente conduzirão os destinos da cidade[10].

10 Em torno de 13 mil pessoas foram sensibilizadas – considerando-se alunos, pais e professores mobilizados, autoridades e público que se fizeram presentes.

De iniciativa da Secretaria Municipal da Educação, ainda foi apresentada ao Conselho Municipal de Educação proposta de revisão curricular, no sentido de introduzir o ensino da "cidadania", não como tema transversal, mas, sim, como disciplina curricular, que tem como "idéia-força" a linha de uma cidadania ativa e solidária, voltada às concepções e aos conteúdos que embasam o Projeto Agente da Paz. Tal idéia já foi aprovada pelo Conselho Municipal da Educação e pelos dirigentes de escolas, mediante as seguintes condições: apresentação de um projeto formado para esse fim – o que já vem sendo esboçado –, e sua posterior discussão em grupos de estudos, os quais deverão ser integrados, dentre outros, pelos responsáveis pela concepção e desenvolvimento do Projeto Agente da Paz (coordenadora pedagógica, Juíza da Vara da Infância e Juventude da comarca de Balneário Camboriú – coordenadora-geral e idealizadora do Projeto –, e Promotor de Justiça da Curadoria da Infância e Juventude em atuação).

5.4 Algumas considerações conclusivas

Pelo nosso "olhar", essas avaliações e novas proposições são indicativas de que o Projeto Agente da Paz começa a saltar do papel à prática, a fim de proporcionar o que Antônio Carlos Gomes da Costa chama de mudança de "conteúdo, de método e de gestão" no que se refere às políticas públicas de modo geral e, particularmente, daquelas ligadas à educação, exigidas pela Constituição da República e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei Federal n. 8.069/90), direcionando seus conteúdos à própria modificação de atitudes em relação ao tema da busca da paz.

Assim perspectivado, o tema da paz começa a ganhar um novo significado e norte. Hoje não é difícil constatar a sua emergência no debate político-social: em educação, fala-se da participação efetiva dos alunos e de seus pais na vida das escolas, em busca da promoção da paz; em políticas para a infância-adolescência, da necessária articulação entre os poderes constituídos e a sociedade e, do ponto de vista institucional, uma efetiva articulação entre todas as instituições, em especial as que diretamente se envolvem com a defesa e proteção dos direitos de crianças e adolescentes.

Tudo isso nos mostra claramente que, nos próximos anos, o processo de construção da paz tende a ocupar um lugar de destaque na agenda social brasileira e catarinense. Uma linha de projetos e programas inovadores

começa a se esboçar nessa área[11]. Porém, ainda falta muito para o Brasil ter um conjunto articulado de ações governamentais e não-governamentais que possa – sem vacilações e com compromisso ético, científico e político — ser considerado uma política de paz.

Para que isso ocorra, é preciso articular, num desenho institucional coerente – governo, sociedade e família —, ações que efetivem os direitos sociais, promovam a redução das desigualdades sociais, das discriminações, enfim, que estabeleçam, como valor absoluto a ser perseguido, a paz em todas as relações humanas.

A implementação dos objetivos do Projeto não deve ser turbada pelos limites ou impedimentos que ocorrem no processo de construção ou efetivação das ações a serem executadas, mesmo porque podem ser percalços inerentes a qualquer atividade humana. Como se trata de uma proposta aparentemente simples, mas ousada pela necessidade inicial de reflexão de cada um, a fim de motivar a prática de atos concretos pela e para a paz, atrai adeptos ou afasta aquele não disposto a mudanças. Mas todos são partes integrantes de nossa realidade: o "agente da paz" e o espectador, que são bem-vindos, pois recebem sempre mensagens de renovação do sentimento que mais tem impulsionado a humanidade ao longo da história: esperança.

Balneário Camboriú, 8 de setembro, de 2006.

6 Bibliografia

AZEVEDO, M. A; GUERRA, V. *A síndrome do pequeno poder*. São Paulo: Iglu, 1989.

_____. *Mania de bater*: a punição corporal doméstica de crianças e adolescentes no Brasil. São Paulo: Iglu, 2001.

AZEVEDO, M. A.; MENIN, M. S. S. (Org.). *A pedagogia despótica e a violência doméstica contra crianças e adolescentes*: onde psicologia e política se encontram. São Paulo: Cortez/Fapesp, 1995.

BRASÍLIA. *Mapa da violência* IV: os jovens do Brasil. Juventude, violência e cidadania, 2002.

11 Está em implementação um Banco de Idéias, no qual estarão descritas as ações que já foram desenvolvidas ao longo do ano de 2005 e as que já foram e serão efetivadas em 2006. Além disso, essa ferramenta permitirá a participação de todos, com a apresentação de sugestões para outras ações ou projetos que já estão em andamento e que tenham relação com o Projeto Agente da Paz.

CANDAU, Vera Maria. *Educação em direitos humanos*: uma proposta de trabalho. Rio de Janeiro: Nova-rica/PUC, 1999. (Mimeografado).

COSTA, Antonio Carlos Gomes. O que é preciso saber sobre os novos direitos da criança e do adolescente. In: *Brasil Criança Urgente*: a Lei n. 8.069/90. São Paulo: Columbus Cultural, 1990.

CURY, Munir et al. (Org.). *Estatuto da Criança e do Adolescente*: comentários jurídicos e sociais. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

D'AGNINO, Evelina. Os movimentos sociais e a emergência de uma nova noção de cidadania. In: D'AGNINO, Evelina (Org.). *Anos 90*: política e sociedade no Brasil. São Paulo: Brasiliense, 1994. p. 103-105.

D'AGOSTINI, Sandra Mári Córdova. *Adolescente em conflito com a lei...& a realidade*!. Curitiba: Juruá, 2003.

D'AGOSTINI, Sandra Mári Córdova; MOROSO, Sônia Maria Mazetto. *Projeto Agente da Paz*: você quer a paz? Seja o exemplo: desarme-se!. Florianópolis: AMC, 2005. Departamento da Família, Idoso, Infância e Juventude. Comissão Estadual Pró-Infância e Juventude.

_____. *Por uma nova Cultura de Paz*: conhecer e reconhecer a violência para a busca de um novo caminho para a Paz. Florianópolis: AMC, 2006. Departamento da Família, Idoso, Infância e Juventude. Comissão Estadual Pró-Infância e Juventude. 2006. Seminários Regionais de Formação.

DIMENSTEIN, Gilberto. In: *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 2 maio 1999. Folha Cidades, Caderno Especial.

FRANÇA, Luís de. *Uma cultura para a paz*: um programa. Texto de 2003. Mimeografado.

FREIRE, Paulo. Desafios da educação frente à nova reestruturação tecnológica. In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE EDUCAÇÃO/ INSTITUTO DE ESTUDOS E APOIO COMUNITÁRIO. Brasília: MEC, 1997.

GUIMARÃES, Marcelo Rezende. A solidariedade é o nome da paz. *Sem Fronteiras*, n. 284, nov. 2000a. p. 33.

GUIMARÃES, Marcelo Rezende. Por uma cultura de paz. *Revista Mundo Jovem*, n. 303, ano XXXVIII, fev. 2000b. p. 19.

O CORREIO DA UNESCO. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, ano 14 (6), jun. 1986.

ONU. Assembléia-Geral das Nações Unidas. Resolução n. 58/11, 1999. Década internacional pela cultura de paz e não-violência para as crianças do mundo. 2001-2010.

PASSOS, Sônia Maria. Violência no meio escolar. Porto Alegre: 2001. Disponível em: <www.educapaz.org.br>.

RALWS, John. *Uma Teoria da Justiça*. Lisboa: Editorial Presença, 1993.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente*: contra o desperdício da experiência. São Paulo: Cortez, 2000.

SOUZA, Jessé. *A construção social da subcidadania*: para uma sociologia política da modernidade periférica. Belo Horizonte: UFM, 2003.

VERONESE, Josiane Petry. *Entre violentados e violentadores*. São Paulo: Cidade Nova, 1997.

A PESSOA JURÍDICA NÃO PODE SER VÍTIMA DE DANO MORAL

Sérgio Luiz Junkes*

Sumário

1 Introdução. 2 Aspectos normativos do instituto do dano moral. 3 A pessoa jurídica e a indenizabilidade por dano moral. 4 Considerações finais. 5 Referências.

1 Introdução

A consagração em sede constitucional da plena indenizabilidade do dano moral provocou uma avalanche interminável de novas ações judiciais perante o já congestionado sistema judicial brasileiro. O seu espectro de incidência se espalhou de tal maneira que nos dias de hoje são cada vez menos freqüentes as lides cíveis em que não se pede, ainda que de modo subsidiário, uma reparação em face do cometimento de alguma espécie de dano moral. Há uma evidente banalização do instituto fomentada pela busca ávida de vantagem econômica. É a indústria do dano moral a todo o vapor! A juriprudência, felizmente, tem posto um freio a esta situação. Exemplo disso são: a redução gradativa do valor das indenizações, a distinção de que não é qualquer simples aborrecimento que é hábil a gerar tal espécie de dano[1] e

* Juiz de Direito da 2ª Vara Cível em Joinville/SC e Professor do Curso de Direito da Faculdade Cenecista de Joinville (FCJ). Mestre em Ciência Jurídica pela Univali.

1 "[...] A indenização por dano moral não deve ser deferida por qualquer contrariedade, não se devendo estimular o enriquecimento indevido nem a chamada 'indústria do dano moral'" (STJ, REsp. n. 504639, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira).

a exigência de provas efetivas da sua ocorrência, não sendo mais suficiente a mera presunção *juris tantum* em seu favor[2].

Permanecem inalterados, entrementes, muitos posicionamentos jurisprudenciais e doutrinários que merecem ser revistos. Além de alimentarem a mencionada indústria do dano moral, aparentemente não resistem ao crivo de uma exegese sistemático-teleológica mais acurada da Constituição e do Código Civil. Entre esses posicionamentos passíveis de modificação está o que admite que a pessoa jurídica possa ser vítima de dano moral. A jurisprudência e a doutrina, quase que maciçamente, inclinam-se nesse sentido. Assim é que o próprio Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 227 na qual assentou que "A pessoa jurídica pode sofrer dano moral". Tal entendimento, contudo, não é unânime naquela Corte. Como observa Wesley Bernardo (2005, p. 111), "[...] o eminente Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, conquanto vote favoravelmente, reiteradamente registra sua posição pessoal contrária à tese" [3].

Mais do que uma solução definitiva sobre a aplicabilidade do instituto do dano moral às pessoas jurídicas, o objetivo deste singelo artigo é o da "provocação". Ou seja, colima-se, nas linhas adiante, apenas trazer ao debate a questão da suposta inviabilidade de a pessoa jurídica ser vítima de dano moral, com o que, tem-se em mente, contribuir, de maneira singela, para que no futuro próximo possa a matéria estar sedimentada em todas as suas nuanças, de modo, quem sabe, a desencorajar a execrável "indústria do dano moral".

2 Aspectos normativos do instituto do dano moral[4]

Antes de adentrar ao objeto principal deste artigo, que é a refutação de que a pessoa jurídica pode ser vítima de dano moral, mostra-se conveniente uma breve revisão do instituto a partir do Texto Maior e do novo Código Civil.

2 Pertinentes as ponderações de J.J Calmon de Passos (2003, p. 5): "[...] como os danos materiais têm que ser cumpridamente provados, os danos morais, essa misteriosa 'dor' que se oculta no íntimo das pessoas, deve vir à luz com um mínimo de força de convencimentos".

3 Neste item são reeditados alguns argumentos constantes de outro artigo de nossa autora intitulado "A culpa e a punição não podem servir de critério para a fixação da indenização por dano moral" (in JC n. 107 p. 219 a 234).

4 Formulado a partir de José Afonso da Silva (2001, p. 109).

O dano, que consiste no prejuízo sofrido por uma determinada pessoa, pode ser classificado doutrinariamente em patrimonial ou extrapatrimonial. O primeiro implica em redução do patrimônio da vítima, ao passo que o segundo corresponde à dor por ela experimentada. O dano moral, por sua vez, identifica-se com esta última modalidade (COELHO, 2003, p. 289).

A Constituição Federal preconiza expressamente a indenizabilidade do dano moral no catálogo dos direitos fundamentais, em seu art. 5º, V e X. Após a vigência do atual Texto Magno, novos diplomas legais vieram a ratificar a indenizabilidade do dano moral, até mesmo a sua autonomia em relação aos chamados danos patrimoniais, como é o caso do Código de Defesa do Consumidor (art. 6º, VI e VII) e do novo Código Civil (art. 186). Todavia a base axiológica e principiológica do instituto do dano moral reside, em um sentido mais amplo, na proteção conferida à dignidade da pessoa humana no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal. Esta apresenta-se como o valor constitucional que agrega todos os direitos fundamentais sob o plano da realização da condição existencial humana. O referido dispositivo pontifica uma verdadeira "cláusula geral de tutela da pessoa humana", pela qual se assegura à vítima o direito a uma reparação proporcional à lesão provocada em relação a quaisquer dos seus aspectos personalíssimos, como a integridade psicofísica, a liberdade etc. (BODIN DE MORAES, 2003, p. 145).

A indenização no caso do dano moral, nos termos do art. 927 do Código Civil, apresenta nítido caráter compensatório, porquanto permite atenuar ou eliminar, por certa quantia em dinheiro, a dor provocada pelo aspecto de sua dignidade que lhe foi violado pela ação danosa (SILVA, 2005, p. 43). Conseqüência disso é que a indenização deve guardar estrita correspondência com a extensão do dano moral causado, conforme dispõe expressamente o art. 944 do Código Civil. Desta maneira, dado o seu caráter compensatório, mostra-se estranho à avaliação do dano qualquer outro elemento que não seja a sua extensão. Assim mostra-se inviável a fixação de danos morais a título de punição[5].

Conforme ponderado anteriomente, a Constituição Federal, ao preconizar o direito à "indenização" pelos danos morais resultantes em seu art. 5º, V e X, adstringiu-se à noção de compensação, segundo os ditames

5 "[...] O dano exclusivamente moral é de difícil, senão impossível, recomposição. Daí por que se busca uma compensação para a vítima, não sendo levado em conta o caráter punitivo, próprio da ciência penal. E, na ausência de critérios rígidos, o magistrado apontará o valor que atenda à finalidade maior do Direito, que é a paz social" (TJSC. Ap. Cív. n. 2005.023102-6, de Sombrio, rel. Des. Subst. Jânio Machado. Data publicação: 24-5-2006 ─ DJ n. 11.908).

do tradicional instituto da responsabilidade civil. Não ressalva, em nenhum momento, qualquer *plus* indenizatório com vistas à punição ou desestímulo, como ocorre nos Estados Unidos. Portanto, tomando-se o tratamento dado ao instituto do dano moral em nível constitucional constata-se que não existe nenhum permissivo para a adoção dos danos punitivos no topo do nosso ordenamento. Aliás, não o há em qualquer ponto do ordenamento brasileiro. Em face da sua índole punitiva, por força do princípio da reserva legal, seria condição *sine qua non* para a sua admissão em solo brasileiro a edição de legislação específica prevendo os *punitive damages*. Como não há qualquer norma a respeito, é vedada a utilização de tal instituto (BERNARDO, 2005, p. 365).

Há outros motivos que evidenciam a inviabilidade dos danos punitivos no direito brasileiro. O primeiro deles é que os *punitive damages*, tal qual vem ocorrendo nos Estados Unidos, fomentam sobremaneira a indústria do dano moral ao ensejar a fixação de indenizações milionárias e aleatórias. Isso porque, ao se perder a referência da extensão do dano causado, a subjetividade do julgador não encontraria limites para atribuir, com segurança ou um grau mínimo de determinabilidade, o *quantum* a título de punição ou exemplo (MANETE; BARBUTO NETO, 2002).

O segundo problema refere-se ao *bis in idem*. Isto poderia ocorrer nas hipóteses em que o mesmo autor, em relação ao mesmo fato, fosse condenado ao pagamento de pena criminal pecuniária e também, na esfera cível, ao pagamento dos danos morais punitivos (MANETE; BARBUTO NETO, 2002).

O terceiro desdobramento negativo ocorreria nas hipóteses de indenização por ato de outrem, em que o responsável não é o causador do dano. Nessas, contrariamente ao que se preceitua em nosso ordenamento, a penalidade passaria da própria pessoa do agente (BERNARDO, 2005, p. 365).

O quarto aspecto em desfavor dos danos punitivos é o fato de propiciar o enriquecimento ilícito da vítima, uma vez que estaria recebendo um valor que extrapola o dano causado. Além disso se beneficiaria de uma penalidade a título de desestímulo de interesse de todo o agrupamento social e não somente dela (MANETE; BARBUTO NETO, 2002; BERNARDO, 2005, p. 177).

Finalmente, a admissão dos danos punitivos estaria a subverter o eixo central da constituição e, por conseguinte, de toda a ordem jurídica brasileira, ao conferir à proteção da dignidade da pessoa humana um sentido essencialmente mercantil (BERNARDO, 2005, p. 177).

3 A PESSOA JURÍDICA E A INDENIZABILIDADE POR DANO MORAL

O dano moral, na esteira do item anterior e com base na doutrina e jurisprudência dominantes, pode ser conceituado como aquele que atinge a pessoa em seus atributos (como o nome, a capacidade, o estado de família) e direitos personalíssimos (como a vida, a integridade física, a honra, a liberdade, a intimidade, a imagem) e que, sem lesar o seu patrimônio, causa-lhe sofrimento intenso e duradouro[6]. No caso do dano moral, o prejuízo indenizável apresenta caráter nitidamente extrapatrimonial, variando esta indenizabilidade conforme a duração da lesão (passageira ou longa), o seu âmbito (pessoal, familiar, profissional, social) e as condições pessoais da vítima (atividades, gostos, idade, limitações físicas e mentais etc.) (BERNARDO, 2005, p. 197-198). O que se indeniza, diga-se mais uma vez, é a lesão "moral", extrapatrimonial, experimentada. Por óbvio, só à pessoa física, ao ser humano, é reservada esta experiência de dor, de sofrimento. Portanto, somente a pessoa física pode ser vítima de dano moral.

A pessoa jurídica pode vir a ser atingida em seus atributos, em sua honra objetiva, é verdade. No entanto, a lesão a estes bens gera apenas prejuízos (danos) patrimoniais, uma vez que a pessoa jurídica é insuscetível de dor e de sofrimento. A indenização por dano moral é um meio de compensar a vítima, de trazer-lhe pela via econômica a alegria necessária para neutralizar o sofrimento vivenciado. Este efeito, por sua vez, é totalmente inapropriado em relação à pessoa jurídica. Isso porque "não há que se falar em compensar a pessoa jurídica com alegria. Indenizar como forma de punir o ofensor também não é cabível, por não encontrar fundamento legal" (PAIVA, 2004). Os prejuízos causados aos atributos da pessoa jurídica, à sua honra objetiva, são unicamente patrimoniais.

A título de exemplo, tem-se que a ofensa à imagem de uma pessoa física ocasiona-lhe um sentimento de constrangimento, de humilhação, que merece ser indenizado conforme a extensão do sofrimento experimentado. Já no caso da pessoa jurídica, a ofensa à sua imagem, como no caso de um protesto indevido de título, dá ensejo à perda de clientela, de crédito, de novos negócios, queda de lucros etc. Esses prejuízos, conforme reza o art. 402 do Código Civil, são naturalmente passíveis de indenização patrimonial a título de perdas e danos (o que inclui os lucros cessantes e os danos emergentes), mas não a título de dano moral.

6 Conceito formulado com base em Bernardo (2005, p. 77) e Gonçalves (2003, p. 339-340).

É incongruente, destarte, o entendimento doutrinário-jurisprudencial que de um lado situa de modo majoritário o dano moral com o sentimento de dor, de sofrimento, próprio das pessoas físicas, e de outro, negando esta realidade, aponta que um ente artificial e abstratamente concebido sob a forma de uma ficção jurídica possa ser vitimado por tal espécie de dano.

Conforme Bernardo (2005, p. 114):

> As lesões atinentes às pessoas jurídicas, quando não atingem, diretamente, as pessoas dos sócios ou acionistas, repercutem exclusivamente no desenvolvimento de suas atividades econômicas, estando a merecer, por isso mesmo, técnicas de reparação específicas e eficazes, não se confundindo, contudo, com os bens jurídicos traduzidos na personalidade humana (a lesão à reputação de uma empresa comercial atinge – mediata ou imediatamente – os seus resultados econômicos, em nada se assemelhando, por isso mesmo, à chamada honra objetiva, com os direitos da personalidade).

O instituto do dano moral tem como fundamento a tutela da dignidade do pessoa humana, prevista no art. 1º, III, da Constituição Federal. Portanto, por dirigir-se à pessoa humana, não há estender a aplicação do instituto e a proteção que ele confere às pessoas jurídicas.

Tendo em vista que a pessoa jurídica não pode ser vítima de dano moral, deveria esta ser declarada carecedora da ação toda vez que postulasse uma indenização a esse título (CPC, art. 267, VI). É comum, todavia, no cotidiano forense, que o pedido de reparação de dano moral formulado por pessoa jurídica tenha como substrato a perda de clientela, de lucros, de negócios, de crédito etc. Nessas hipóteses, no entanto, em que o pedido não se funda em mera referência à ofensa à imagem ou à honra objetiva, mostra-se possível e recomendável, em homenagem ao princípio da instrumentalidade, que seja oportunizado à parte autora adequá-lo para postular uma indenização por dano material.

4 Considerações finais

Ao término deste artigo pontuamos como relevantes os seguintes aspectos do instituto do dano moral que o tornam inaplicável em relação às pessoas jurídicas:

a) o dano civil classifica-se em patrimonial ou extrapatrimonial. O primeiro implica em redução do patrimônio da vítima, ao passo que o segundo

corresponde à dor por ela experimentada. O dano moral identifica-se com esta última modalidade;

b) dano moral é aquele que atinge a pessoa em seus atributos (como o nome, a capacidade, o estado de família) e direitos personalíssimos (como a vida, a integridade física, a honra, a liberdade, a intimidade, a imagem) e que, sem lesar o seu patrimônio, causa-lhe sofrimento intenso e duradouro;

c) a indenização decorrente de dano moral reveste-se de caráter compensatório e, por isso, deve corresponder à exata extensão da violação ao aspecto da dignidade da vítima afetado. A punição do responsável, para fins de prevenção e repressão a determinado ato praticado, não pode servir de critério para o arbitramento judicial da indenização, uma vez que, além da falta de lei específica, trata-se de elemento estranho à extensão do dano moral produzido;

d) o instituto do dano moral tem como fundamento a tutela da dignidade da pessoa humana, prevista no art. 1º, III, da Constituição Federal. Portanto, por dirigir-se à pessoa humana, não há estender a aplicação do instituto e a proteção que ele confere às pessoas jurídicas;

e) só à pessoa física, ao ser humano, é reservada esta experiência de dor, de sofrimento. Portanto, somente a pessoa física pode ser vítima de dano moral;

f) a pessoa jurídica quando atingida em seus atributos, em sua honra objetiva, sofre apenas prejuízos (danos) patrimoniais, uma vez que a pessoa jurídica é insuscetível de dor, de sofrimento;

g) a indenização por dano moral é um meio de compensar a vítima, de trazer-lhe pela via econômica a alegria necessária para neutralizar o sofrimento vivenciado, o que por sua vez é totalmente inapropriado à pessoa jurídica;

h) tendo em vista que a pessoa jurídica não pode ser vítima de dano moral, deveria esta ser declarada carecedora da ação toda vez que postulasse uma indenização a esse título (CPC, art. 267, VI).

5 Referências

AFONSO DA SILVA, José. *Curso de direito constitucional positivo*. 19. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2001. 878 p.

BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. *Dano moral*: critérios de fixação de valor. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. 205 p.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. p. 105-147. In SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direitos privados*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. 357 p.

CALMON DE PASSOS, J. J. *O imoral no dano moral*. Joinville, Informativo n. 46, maio 2003. Informativo Incijur.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil*, São Paulo: Saraiva, 2003. v. 2.

GONÇALVES, Carlos Roberto. AZEVEDO, Antônio Junqueira (Coord.). *Comentários ao Código Civil*: parte especial: direito das obrigações. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 11. 587 p.

MANENTE, Luiz V. P.; BARBUTO NETO, Antônio M. Indenizações milionárias: O caráter punitivo da indenização por dano moral. *Revista Consultor Jurídico*, 6 jul. 2002. Disponível em: <http://www.intelligentiajuridica.com.br/propostas/proposta17.html>. Acesso em: 14 ago. 2005.

PAIVA, Wagner M. *Abalo à imagem de pessoa jurídica não gera dano moral*. Disponível em: <http://www.tj.ro.gov.br/emeron/sapem/2004/JUNHO/1106/ARTIGO/A07.htm>. Acesso em: 11 abr. 2007.

SILVA, Américo L. Martins da. *O dano moral e a sua reparação civil*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. 444 p.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 2.494-9/SC

Relator: Min. Eros Grau

Requerente: Associação dos Magistrados Brasileiros -- AMB

Advogado: Dr. Alberto Pavie Ribeiro

Requerido: Governador do Estado de Santa Catarina

Requerida: Assembléia Legislativa do Estado de Santa Catarina

Ementa

Ação direta de inconstitucionalidade. Lei complementar n. 212, do Estado de Santa Catarina, que conferiu nova redação ao art. 192 da Lei n. 5.624/79. Preceito que determina a precedência da remoção de juízes às promoções por antiguidade ou merecimento. Inconstitucionalidade. Violação do art. 93 da Constituição do Brasil.

1. Até o advento da lei complementar prevista no art. 93, caput*, da Constituição do Brasil, a matéria própria ao Estatuto da Magistratura será disciplinada pelo texto da Lei Complementar n. 35/79, recebida pela Constituição. Precedentes.*

2. A lei atacada dispôs sobre matéria constitucionalmente reservada à lei complementar de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, que viola o disposto no art. 93 da Constituição.

3. Ressalvada a validade dos atos de ofício praticados por magistrados promovidos ou removidos na conformidade da lei impugnada.

Pedido julgado procedente para declarar inconstitucional a Lei Complementar n. 212, que conferiu nova redação ao art. 192 da Lei n. 5.624/79, do Estado de Santa Catarina.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência do Sr. Min. Sepúlveda Pertence, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, julgar procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade da Lei Complementar n. 212, de 25 de julho de 2001, do Estado de Santa Catarina, com ressalva da validade dos atos de ofício praticados por juízes promovidos ou removidos na conformidade da mesma lei, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 26 de abril de 2006.

Eros Grau,

Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Eros Grau (Relator):

1. A Associação dos Magistrados Brasileiros persegue a declaração de inconstitucionalidade da Lei Complementar n. 212, do Estado de Santa Catarina, que

deu nova redação ao artigo 192 da Lei n. 5.624/79, promulgada com a finalidade de adaptar o Código de Divisão e Organização Judiciárias Estadual à Lei Orgânica da Magistratura Nacional. Eis o dispositivo impugnado:

"Art. 1º -- O art. 192, *caput*, da Lei n. 5.624, de 9 de novembro de 1979, passa a ter a seguinte redação:

"Art. 192. Ao provimento inicial de Comarca ou Vara e às promoções por antigüidade ou merecimento, precederá sempre a remoção, ressalvado o direito de opção dos juízes de outras Varas da mesma Comarca pela que houver vagado, desde que aceita pelo Tribunal, se o manifestarem no prazo de cinco dias a contar da publicação do ato noticiando a vaga, e respeitada a ordem de antigüidade na Comarca".

2. A requerente alega que a atual redação do artigo afronta ostensivamente o disposto no artigo 93, *caput*, da Constituição do Brasil, que delegou a lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, a elaboração do Estatuto da Magistratura. Afirma que o texto constitucional determina que seja observada a obrigatoriedade da regra de promoção dos juízes de entrância para entrância, alternadamente, por antigüidade e merecimento, sendo também obrigatória a promoção do juiz que figure por três vezes consecutivas ou cinco alternadas em lista de merecimento. Acrescenta que a nova redação do artigo 192 da lei catarinense, ao atribuir prevalência ao critério da remoção sobre o da antigüidade e do próprio merecimento, inutiliza o preceito constitucional.

3. A Assembléia Legislativa esclareceu que a iniciativa da lei ora atacada foi do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Afirma que "da justificativa apresentada pelo Presidente do Tribunal de Justiça, infere-se que o espírito do projeto de lei que culminou com a lei complementar em questão foi o de criar mecanismos capazes de consolidar situações transitórias ocorrentes no âmbito da magistratura catarinense". Sustenta que, com a edição da Lei Complementar n. 160, juízes foram classificados em entrâncias superiores, mas permaneceram atuando nas comarcas que, por força da novel legislação, figuram como entrância imediatamente inferior (fls. 114 a 120).

4. O órgão legislativo estadual declara ainda que, se o texto constitucional é omisso quanto à possibilidade ou não da preferência da remoção sobre a promoção por antigüidade ou merecimento, a lei infraconstitucional não pode ser considerada inconstitucional. Por último, afirma que a LC n. 35/79 não veda a precedência da remoção sobre a promoção (artigo 80 da Loman), facultando à lei esta-

dual a regulamentação do processo de promoção tanto por antigüidade quanto por merecimento.

5. O Governador, às fls. 165 e 166, sem maiores considerações, afirmou que, "havendo sido estritamente observado o processo legislativo atinente à espécie, e não havendo sido revelado no projeto de lei qualquer eiva de contrariedade ao interesse público, só cabia ao Chefe do Executivo sancioná-lo".

6. Em face da relevância da matéria, o Ministro Nelson Jobim, relator à época, determinou, na forma do artigo 12 da Lei n. 9.868/99, a oitiva do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República (fl. 175).

7. O Advogado-Geral da União pugnou pela procedência da ação para que seja declarada a inconstitucionalidade da Lei Complementar n. 212/2001, do Estado de Santa Catarina (fls. 177 a 182).

8. A Procuradoria-Geral da República, às fls. 184 e 185, opina pela procedência do pedido. Sustenta que o tratamento normativo sobre promoção de magistrado é reservado à Loman, sendo inconstitucionais expressões presentes em lei estadual que discrepem da expressa diretriz contida na Loman.

Este é o relatório, do qual deverão ser extraídas cópias para envio aos Senhores Ministros (RISTF, artigo 172).

Voto

O Senhor Ministro Eros Grau (Relator):

1. A requerente postula a declaração de inconstitucionalidade de preceito que determina a precedência da remoção de juízes às promoções por antiguidade ou merecimento, no Estado de Santa Catarina. Suscita conflito entre o texto normativo do artigo 192 da Lei n. 5.624 e o artigo 93, *caput*, da Constituição do Brasil.

2. Esta Corte, em pronunciamentos reiterados, assentou que, até o advento da lei complementar prevista no artigo 93, *caput*, da Constituição de 1988, o Estatuto da Magistratura será disciplinado pelo texto da Lei Complementar n. 35/79, recebida pela Constituição (nesse sentido: ADIn/MC n. 2.370, relator o Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 9-1-2001; ADIn n. 1.503, relator o Min. Maurício Corrêa, DJ de 18-5-2001; ADIn n. 1.422, relator o Min. Ilmar Galvão, DJ de 12-11-1999; ADIn n. 2.753, relator o Min. Carlos Velloso, DJ de 11-4-2003).

3. Verificou-se no caso, efetivamente, violação do preceito veiculado pelo artigo 93 da CB/88. A lei atacada cuidou de matéria constitucionalmente reservada à lei complementar de iniciativa do Supremo Tribunal Federal (artigo 93).

4. Há ainda outra questão a

ser analisada. A lei complementar catarinense, ao acrescentar a promoção por antigüidade às hipóteses em que a remoção terá prevalência, fê-lo sem o devido respaldo legal. O artigo 81 da Loman estabeleceu que, na Magistratura de carreira dos Estados membros, ao provimento inicial e à promoção por merecimento precederá a remoção.

5. O Supremo entende que "os privilégios concedidos à antigüidade estão no texto constitucional, não podendo o legislador ordinário ampliá-los" (ADIn n. 468, relator o Min. Carlos Velloso DJ de 16-4-1993).

Julgo procedente o pedido para declarar inconstitucional a Lei Complementar n. 212, que conferiu nova redação ao artigo 192 da Lei n. 5.624/79, do Estado de Santa Catarina.

1 Loman:

"Art. 81 – Na Magistratura de carreira dos Estados, ao provimento inicial e à promoção por merecimento precederá a remoção".

2 No mesmo sentido ADIn n. 189, relator o Min. Celso de Mello, DJ de 22-5-1992.

O Senhor Ministro Eros Grau (relator):

Sr. Presidente, houve a aplicação do artigo 12 e estamos diante de fatos consumados.

O Sr. Min. Gilmar Mendes – "É melhor reconhecer juridicamente, porque senão vamos causar uma grande confusão.

Certamente devem ser numerosas as promoções e remoções efetivadas".

O Sr. Ministro Eros Grau (relator):

Nessa hipótese de tratar-se, inclusive, de direito de servidor público -- pessoas que não atuam sob o regime do risco – e havendo fato consumado, acompanho a sugestão do Ministro Gilmar Mendes e declaro em relação aos efeitos futuros, *ex nunc.*

Voto

O Senhor Ministro Ricardo Lewandowski:

Sr. Presidente, a meu ver a lei estadual invadiu matéria que deve ser regulada pela Lei Orgânica da Magistratura e, portanto, fere o artigo 93 da Constituição. Também empresto efeitos *ex nunc*, até porque estamos tratando, aqui, de serviço público essencial, que é a prestação jurisdicional, a qual não pode sofrer qualquer obstáculo, e há situações consolidadas a serem respeitadas.

Esse é o meu voto.

O Senhor Ministro Marco Aurélio:

Sr. Presidente, há este problema: alguns foram beneficiados no que a lei local dispôs em sentido diametralmente oposto ao que foi previsto na Lei Orgânica da Magistratura Nacional. Outros foram prejudicados. Quer dizer, a medalha tem duas faces. Será que esse é o caso apropriado para -- até mesmo sem aguardar o desfecho da ação direta de inconstitucionalidade que ataca o preceito da Lei n. 9.868/99, a versar sobre a eficácia da decisão no controle concentrado – estipular-se efeitos *ex nunc*?

Evidentemente houve provocação para se ter essa disciplina, e imagino que a iniciativa partiu do Judiciário local.

O Senhor Ministro Sepúlveda Pertence:

É de iniciativa do Tribunal.

O Senhor Ministro Joaquim Barbosa:

Reformulo o meu voto para excluir.

O Senhor Ministro Sepúlveda Pertence:

Ressalvaria, deixaria expressa apenas a ressalva dos atos judiciais praticados.

O Senhor Ministro Marco Aurélio:

A repercussão é quanto a alguns promovidos em detrimento de outros.

O Senhor Ministro Cezar Peluso:

Sem prejuízo da validez dos atos judiciais.

O Senhor Ministro Sepúlveda Pertence:

Porque aí é funcionário de fato.

O Senhor Ministro Marco Aurélio:

Os atos judiciais, não tenho a menor dúvida, devem ser preservados.

O Senhor Ministro Carlos Britto:

A minha preocupação era de caráter processual.

O Sr. Min. Marco Aurélio:

Ministro, tenho presente o efeito pedagógico quanto à necessidade de observar norma nacional em relação à magistratura.

O Sr. Min. Gilmar Mendes:

O que constrange, neste caso, é a quase imediatidade da impugnação. Isso é relevante.

Na verdade, isso é atribuível ao funcionamento da Justiça.

É um dilema que estamos vivendo em torno do artigo 12.

O Sr. Min. Marco Aurélio:

Foi imediata. A lei é de julho, em agosto houve a impugnação.

O Sr. Min. Carlos Britto:

A associação proponente foi a própria AMB. Eu não modularia os efeitos prospectivamente.

O Sr. Min. Gilmar Mendes:

É verdade. Mas é importante, desde logo, ressalvar os atos.

O Sr. Min. Marco Aurélio:

Sr. Presidente, concordo.

O Sr. Min. Ricardo Lewandowski:

Também concordo, Sr. Presidente. Estamos calibrando um pouco melhor esses efeitos.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 2.996-7/SC

Relator: Min. Sepúlveda Pertence

Requerente: Procurador-Geral da República

Requerido: Governador do Estado de Santa Catarina

Requerida: Assembléia Legislativa do Estado de Santa Catarina

Ementa

1. Ação direta de inconstitucionalidade. Lei Estadual n. 11.348, de 17-1-2000, do Estado de Santa Catarina, que dispõe sobre serviço de loterias e jogos de bingo. Inconstitucionalidade formal declarada, por violação do art. 22, XX, da Constituição Federal, que estabelece a competência privativa da União para dispor sobre sistemas de sorteios.

2. Não está em causa a Lei Estadual n. 3.812/99, a qual teria criado a Loteria do Estado de Santa Catarina, ao tempo em que facultada, pela legislação federal, a instituição e a exploração de loterias pelos Estados membros.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, sob a Presidência do Sr. Min. Gilmar Mendes, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, em julgar procedente a ação direta, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 10 de agosto de 2006.

Sepúlveda Pertence,

Relator.

Relatório

O Sr. Min. Sepúlveda Pertence;

Ação direta de inconstitucionalidade – com pedido de medida cautelar – contra a Lei Estadual n. 11.348, de 17-1-2000, do Estado de Santa Catarina que tem este teor:

"Art. 1º O serviço de exploração de loterias, criado pela Lei n. 3.812, de 3 de março de 1966, será executado no Estado de Santa Catarina de acordo com as disposições da presente Lei.

"Art. 2º O serviço de loteria constitui-se um serviço público com objetivo de angariar recursos financeiros para o desenvolvimento da política estadual de assistência social e da política de fomento ao desporto.

"Art. 3º Compete à Loteria do Estado de Santa Catarina S.A. -- Lotesc, criada pela Lei n. 3.812, de 3-3-1966, subordinada à Secretaria de Estado da Fazenda, a operacionalização, a administração e a fiscalização dos serviços de loterias do Estado de Santa Catarina.

"Art. 4º. Compete à Lotesc dirigir, coordenar, executar, credenciar, autorizar, fiscalizar, distribuir e controlar as atividades relacionadas com as modalidades lotéricas e jogos de diversões eletrônicas e eletromecânicas.

"Art. 5º. Da receita bruta auferida pela Lotesc na exploração dos serviços lotéricos dez por cento será destinado ao Fundo Estadual de Assistência Social.

"Capítulo II

"Das Modalidades Lotéricas

"Seção I

"Modalidades Lotéricas com premiação em Bens, Serviços e Dinheiro

"Art. 6º. Poderão ser exploradas as seguintes modalidades lotéricas que terão premiação em bens, serviços e/ou dinheiro. I – Loteria de Números – Todo e qualquer concurso de sorteio manual, mecânico

ou eletrônico de números, palavras, símbolos e loterias de qualquer natureza com distribuição de prêmios aos acertadores mediante rateio, prêmios pré-definidos ou prêmios bancados;

"II – Loteria Instantânea – sorteios instantâneos realizados em bilhetes individuais próprios, mediante a combinação de números ou símbolos para a distribuição de premiação previamente estabelecida.

"III – Videoloteria – equipamentos de apostas eletrônicas e eletromecânicas que operam com fichas, moedas, cédulas, cartões magnéticos e sistemas de créditos ou qualquer outra forma de identificação e quantificação das apostas;

"IV – Sistema Lotérico '*on line'/ real time* – loteria de prognósticos baseados em técnicas e recursos de informática em linha e tempo real;

"V – Bingo – loteria em que se sorteiam ao acaso números de um até noventa, mediante sucessivas extrações, até que um ou mais concorrentes atinjam o objetivo;

"VI – Loteria Convencional – Venda de bilhetes previamente numerados, cujo sorteio será efetivado em datas prefixadas, para distribuição aos acertadores de prêmios previamente anunciados;

"VII – Loteria Mista – com vendas de bilhetes que reúnam características de duas ou mais modalidades.

"Art. 7º. Cada modalidade lotérica poderá ter tipos de jogos diversificados que serão regulamentados através da edição de Resolução pela Loteria do Estado de Santa Catarina S.A. -- Lotesc, que deverá ser publicada no Diário Oficial do Estado de Santa Catarina.

"Art. 8º. A exploração da modalidade lotérica bingo deverá ser autorizada com a finalidade exclusiva de angariar recursos financeiros destinados ao fomento ao desporto e/ou ao custeio do Sistema Desportivo Estadual.

"Art. 9º. As entidades de administração e práticas desportivas poderão credenciar-se anualmente junto à Lotesc para explorarem a modalidade lotérica bingo, podendo ser contratada empresa comercial idônea para a administração da atividade.

"Art. 10. Além da modalidade lotérica prevista no artigo anterior, a Lotesc poderá autorizar a exploração de outras modalidades de loterias e concurso de prognósticos destinados a angariar recursos financeiros para o fomento ao desporto e a manutenção do Sistema Desportivo Estadual de Santa Catarina, instituído pela Lei n. 9.808, de 26-12-1994.

"Art. 11. A execução do serviço lotérico poderá ser delegada, mediante concessão, permissão e autorização dentro do que preceitua a legislação que rege a matéria.

"Seção II

"Dos Jogos e Diversões Eletrônicas

"Art. 12. Jogos e diversões eletrônicas são uma modalidade de jogo em que são utilizados equipamentos de videojogos, video games, jogos de realidade virtual e todo tipo de jogos de habilidade e/ou destreza que não entreguem premiação em dinheiro e que tenham por objetivo principal a diversão de crianças e adolescentes.

"Art. 13. Serão permitidos a exploração de jogos e diversões eletrônicas mediante o credenciamento das empresas comerciais fornecedoras de equipamentos e de autorização das empresas comerciais operadoras, expedido pelo poder público.

"Art. 14. Compete à Loteria do Estado de Santa Catarina S.A. -- Lotesc, em nome do poder público, o credenciamento dos fabricantes, fornecedores e operadores de equipamentos, máquinas eletrônicas e eletroeletrônicas de jogos; a concessão da autorização e a fiscalização dos estabelecimentos comerciais que operam estes jogos.

"Capítulo III -- Da Tributação

"Art. 15. Na regulamentação das modalidades lotéricas, a Lotesc poderá instituir a cobrança de taxas em razão da prestação do serviço público específico.

"Art. 16. Na exploração das atividades lotéricas, por delegação, a pessoas jurídicas de direito privado, as mesmas deverão recolher, além dos tributos legais incidentes e das taxas instituídas e devidas à Lotesc, a seguinte remuneração:

"I – Nas modalidades lotéricas em que a delegação para a exploração for realizada através de processo de licitação, três por cento da renda bruta destinada ao Fundo Estadual de Assistência Social;

"II – Nas modalidades lotéricas em que a delegação for efetuada através de autorização:

"a) modalidade Loteria de Números e ou Loteria Instantânea: sete por cento da receita bruta para a entidade esportiva ou entidade beneficente credenciada e três por cento da premiação ao Fundo Estadual de Assistência Social;

"b) modalidade bingo: sete por dento da renda bruta destinada à entidade esportiva e um por cento destinado ao Fundo Estadual de Desenvolvimento do Desporto de Santa Catarina;

"c) modalidade lotérica Videoloteria: recolher mensalmente cinqüenta Unidades Fiscais de Referência – UFIRs por equipamento ao Fundo Estadual de Desenvolvimento do Desporto;

"d) modalidade Jogos e Diversões Eletrônicas: recolher mensalmente vinte e cinco Unidades Fiscais de Referência – UFIRs por equipamento, assim distribuídos:

"1 – sessenta por cento ao Conselho Municipal Tutelar da Criança e do Adolescente do município onde localiza-se o estabelecimento comercial;

"2 – quarenta por cento ao Fundo Estadual da Criança e do Adolescente – FIA.

"Art. 17. Para efeitos do artigo anterior entende-se como receita bruta o valor total proveniente da venda de cartelas deduzido o valor da premiação e dos impostos, taxas e tarifas incidentes.

"Capítulo IV -- Das Penalidades

"Art. 18. A inobservância dos termos de que trata esta Lei implicará nas sanções legais, que poderão ser aplicadas cumulativamente, além das penalidades criminais previstas:

"I – advertência;

"II – multa:

"a) na primeira autuação mil UFIRs por equipamento e/ou infração;

"b) na segunda autuação três mil UFIRs por equipamento e/ou infração;

"c) na terceira autuação cinco mil UFIRs por equipamento e/ou infração;

"III – apreensão de equipamentos, materiais lotéricos e similares;

"IV – suspensão temporária de funcionamento;

"V – cassação da autorização e/ou credenciamento.

"Parágrafo único – Nas modalidades lotéricas em que a permissão para exploração for realizada através de processo licitatório as penalidades serão previstas nos contratos.

"Capítulo V -- Das Disposições Gerais

"Art. 19. As empresas comerciais fornecedoras de equipamentos e materiais lotéricos e/ou que explorarem comercialmente as atividades lotéricas e de diversões eletrônicas deverão obter credenciamento e autorização, anualmente, do poder público.

"Art. 20. É proibido nos recintos de exploração das modalidades jogos e diversões eletrônicas;

"I – acesso de crianças desacompanhadas por pais ou responsáveis;

"II – acesso de crianças e adolescentes trajando uniforme e ou portando pastas ou materiais escolares;

"III – instalação de quaisquer outros tipos de jogos que ofereçam prêmios em dinheiro;

"IV – fumar;

"V – comercialização ou consumo de quaisquer tipos de bebidas alcoólicas.

"Parágrafo único – Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade.

"Art. 21. Nenhum tipo de modalidade lotérica ou qualquer tipo de jogo e de diversão eletrônica ou eletroeletrônica poderá ser explorado no território do Estado de Santa Catarina sem a prévia autorização do poder público estadual.

"Art. 22. E proibido o acesso de menores de dezoito anos em quaisquer estabelecimentos que explorem modalidades lotéricas, exceto na modalidade prevista no art. 12 desta Lei.

"Art. 23. A Secretaria de Estado da Segurança Pública expedirá o alvará de funcionamento às empresas autorizadas à exploração de qualquer modalidade lotérica após a apresentação do Certificado de Autorização expedido pela Lotesc.

"Art. 24. Os fabricantes, fornecedores e estabelecimentos comerciais que estão explorando as atividades lotéricas e de jogos eletrônicos e eletroeletrônicos previstos nesta Lei, terão noventa dias para se adequarem à mesma.

"Art. 25. Fica a Lotesc autorizada a baixar normas complementares para o fiel cumprimento do estabelecido nesta Lei.

"Art. 26. O Poder Executivo regulamentará a presente Lei no prazo de sessenta dias após sua publicação.

"Art. 27. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

"Art. 28. Ficam revogados, os arts. 3º, 4º, 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10º, 11º e 12º, da Lei n. 3.812, de 3-3-1966 e a Lei n. 4.119, de 2-1-1968 e demais disposições em contrário".

Alega-se ofensa ao art. 22, I, e XX, da Constituição.

Apliquei ao caso o art. 12 da Lei n. 9.868/99.

As informações foram prestadas pela Assembléia Legislativa (fls. 32 a 49) e pelo Governador do Estado (fls. 96 a 111).

A Procuradoria-Geral do Estado de Santa Catarina juntou cópia do parecer do professor Miguel Reale Júnior.

O Advogado-Geral da União manifestou-se.

É esta a ementa do parecer do Procurador-Geral da República:

"Lei estadual que dispõe sobre serviço de loterias e jogos de bingo no Estado de Santa Catarina.

"Violação ao art. 22, incisos I e XX, da Constituição da República.

"Parecer pela procedência da ação".

Deferi o pedido de intervenção como *amicus curiae* da Associação Brasileira de Loterias Estaduais -- que apresentou parecer do Prof. Inocêncio Mártires Coelho – e do Ministério Público do Estado de Santa Catarina.

É o relatório, cuja cópia será encaminhada aos Senhores Ministros.

Voto

O Senhor Ministro Sepúlveda Pertence (Relator):

Na doutrina, o tema é antigo. O saudoso Geraldo Ataliba defendeu, em 1985 -- em parecer solicitado pela Caixa Econômica do Estado de São Paulo -- a possibilidade jurídica da exploração de loteria pelos Estados Federados à luz da Constituição pretérita (Revista de Direito Público, n. 78, abril-junho de 1986, p. 81 a 93).

Após a Constituição de 1988, Carlos Ari Sundfeld, em 1989, também advogou a possibilidade de o Estado de São Paulo criar e explorar loteria (Revista de Direito Público, n. 91, julho-setembro de 1989); na mesma linha, os pareceres dos ilustres Miguel Reale Júnior (RT. v. 773, março de 2000), Luiz Roberto Barroso (Temas de Direito Constitucional, Rio: Renovar), Caio Tácito (RDP 77/75:77), todos unânimes quanto à viabilidade de os Estados membros criarem loterias.

Afastam, para tanto, o monopólio da União para legislar sobre o assunto: não se trataria de sorteio (art. 22, XX, CF), tampouco de matéria penal (art. 22, I, CF). Minha visão coincide em parte com essa doutrina: tenho que não se trata de matéria penal.

No julgamento da ADIn n. 2.847, 5-8-04 (Velloso, DJ 26-11-04), acentuei:

"Também eu rejeito a irrogação às leis distritais questionadas do alegado vício de usurpação da competência legislativa federal sobre Direito Penal: obviamente não se trata de lei incriminadora.

"Certo, como hoje observava o eminente Min. Eros Grau, também são leis penais as leis que estabelecem causas de exclusão da antijudicidade ou de isenção de pena. Mas, para daí extrair a inconstitucionalidade da lei local, o pressuposto seria o seu cotejo com a legislação penal federal para afirmar previamente se a lei do Distrito Federal excetuava ou não onde a legislação federal não

excetua. O que, entretanto, em caso positivo não seria vício de inconstitucionalidade, mas de ilegalidade, conforme assente na jurisprudência deste Tribunal, como na generalidade das cortes constitucionais.

"E, portanto, não seria objeto idôneo à decisão em ADIn.

"Ainda, porém, que pudéssemos baixar a esse cotejo entre a lei distrital e a lei penal federal pertinente, o art. 51 da Lei das Contravenções Penais, o conflito seria duvidosíssimo.

"O que se incrimina no art. 51 da Lei de Contravenções Penais, exemplo claro de tipo penal em branco, é:

'Promover ou fazer extrair loteria sem autorização legal'.

"Assim o problema se reduz ao segundo fundamento dessa ação direta: se é, ou não, competência dos Estados, cumulativamente com a União, estabelecer em seus territórios o que se chamou de serviço público de exploração de loterias.

"Por isso, a questão é, efetivamente, de competência na estrutura federal brasileira para disciplinar o tema — não o crime, que este é indiscutivelmente da União — mas para disciplinar o sistema de loterias.

"Neste ponto, perfeita a observação do saudoso Min. Osvaldo Trigueiro de que, onde houver competência dos Estados, jamais poderia a União incriminar o seu exercício: se determinada matéria é competência do Estado, seja a título do serviço público, seja a título de atividade econômica, jamais poderia a União agredir esta competência, tornando como criminosa a atividade estadual legítima conforme a Constituição".

Pouco importa, entretanto, para o caso, que não se trate de matéria penal.

É que há ofensa ao art. 22, XX, da Constituição, conforme assinalei no meu voto na mesma ADIn n. 2.847:

"O problema, então decisivo, é o segundo fundamento da ação direta, art. 22 da Constituição, que confere à União competência privativa para dispor sobre 'sistemas de consórcios e sorteios'.

"Impressionou-me a unanimidade dos pareceres de juristas da mais alta respeitabilidade, como Caio Plácido, Oswaldo Trigueiro, Carlos Ari Sundfeld e Geraldo Ataliba — excelentemente resenhados, no mais recente deles, que é o de Luis Roberto Barroso — todos no sentido de que a alusão ali a consórcios e sorteios se reduziria, na verdade, à competência para disciplinar consórcios, ou coisas similares, ou institutos similares, que envolvem sorteios.

"Notou, porém, salvo engano, o Ministro Gilmar Mendes, que aí

se reduziria a nada a alusão a sorteio na cláusula de competência da União, porque o próprio conceito de consórcio envolve o sorteio entre os consorciados a respeito da ordem em que lhe será dado adquirir o bem almejado pelos consorciados.

"Acabei, assim, por convencer-me — contra o argumento muito inteligente assim desenvolvido e hoje avalizado aqui pela autoridade do Ministro Marco Aurélio — da cerrada argumentação em contrário que encontro no voto do Ministro Carlos Britto e da síntese já contida no voto do eminente Ministro-Relator.

"O que se incumbiu à União de legislar com privatividade, ademais, foi sobre o 'sistema de sorteios', o que — demonstrou exuberantemente o Ministro Britto — envolve a regulação substancial das modalidades de sorteio, dos direitos, deveres e responsabilidades daí decorrentes, campo no qual ingressou despudoradamente a lei distrital".

Há, pois, inconstitucionalidade formal do diploma legal impugnado.

No mesmo sentido, ADIn n. 2948 (Eros, DJ 13-5-05). Além da referida ADIn n. 2.847, Velloso, a decisão do Plenário na ADIn n. 3.259, 16-11-05 (Eros, DJ 29-2-06).

Observo que não está em jogo a Lei Estadual n. 3.812/66 – a que alude o art. 1º do diploma questionado --, a qual teria criado a Loteria do Estado de Santa Catarina, ao tempo em que facultada, pela legislação federal, a instituição e a exploração de loterias pelos Estados membros.

Explica-o o parecer da Procuradoria-Geral – fl. 163: "As loterias passaram a ser toleradas e, portanto, descriminalizadas, a partir do ano de 1932, com a promulgação do Decreto n. 21.143 (10-3-1932), passando a ser qualificadas como serviço público.

"Em 1941, o Decreto-Lei n. 2.980 (24-1-1941) manteve essa mesma definição e, da mesma forma, o Decreto-Lei n. 6.259, de 10-2-1944, que assim dispunha em seu art. 1º:

'Art. 1º O serviço de loteria, federal ou estadual, executar-se-á em todo território do país, de acordo com as disposições do presente decreto-lei'.

"Como se pode observar, o serviço público de loteria, na época, podia ser realizado tanto no âmbito federal como estadual.

"No entanto, o Decreto-Lei n. 204, de 27-2-1967, que foi recepcionado pela Constituição de 1988, estando atualmente em vigor, passou a definir a atividade de loteria como serviço público a ser exercido exclusivamente pela União, não suscetível de concessão, configurando-se, dessa forma, como derrogação excepcional das normas de direito penal.

"Assim está disposto no referido decreto-lei:

'Art. 1º A exploração de loteria, como derrogação excepcional das normas do Direito Penal, constitui serviço público exclusivo da União, não suscetível de concessão e só será permitida nos termos do presente Decreto-Lei'.

"O Decreto-Lei n. 204/67, dessa forma, criou o monopólio da União sobre o serviço público de loteria, destituindo os Estados-Membros do poder de explorar esse tipo de atividade.

"Com efeito, no art. 32 deste decreto-lei está disposto que 'é vedada a criação de novas loterias estaduais', devendo permanecer, no âmbito dos Estados-Membros, somente as já existentes na data de sua promulgação. Portanto, desde o ano de 1967, os Estados-Membros não possuem mais competência para criar e manter o serviço público de loterias".

Dispuseram, com efeito, os arts. 32 e 33 do DL n. 204/67:

"Art. 32. Mantida a situação atual, na forma do disposto no presente Decreto-Lei, não mais será permitida a criação de loterias estaduais.

"§ 1º. As loterias estaduais atualmente existentes não poderão aumentar as suas emissões ficando limitadas às quantidades de bilhetes e séries em vigor na data da publicação deste Decreto-Lei.

"Art. 33. No que não colidir com os termos do presente Decreto-Lei, as loterias estaduais continuarão regidas pelo Decreto-Lei n. 6.259, de 10-2-1944".

Certo, no que diz respeito especificamente ao jogo de bingo, sobrevieram a Lei n. 8.672/93 (Lei Zico) e a Lei n. 9.615/98 (Lei Pelé), no entanto, revogadas pela Lei n. 9.981/00, como também recorda o parecer do Ministério Público Federal, fl. 164:

"11. O jogo de bingo, que é uma modalidade de loteria, passou a ser autorizado como atividade lícita pela Lei n. 8.672, de 6 de julho de 1993 (Lei Zico). O art. 57 desta lei permitiu a prática desse tipo de loteria unicamente para angariar recursos para o desporto, e concedeu poderes aos Estados e ao Distrito Federal para regular e fiscalizar a atividade. Esse artigo, porém, veio a ser atacado nos autos da ADIMC n. 1.169/DF (relator Min. Ilmar Galvão, DJ 29-6-2001), da qual pode ser retirado o voto proferido pelo eminente Min. Carlos Velloso:

'[...] De outro lado, a lei, no § 1º do art. 57, ao dizer que 'o órgão competente de cada Estado e do Distrito Federal normatizará e fiscalizará a realização dos eventos

de que trata este artigo', faz tábula rasa do disposto no art. 22, inciso XX, da Constituição, ao estabelecer que compete privativamente à União legislar sobre sistemas de consórcios e sorteios. Na verdade, a Lei n. 8.672, de 1993, institui jogatina desenfreada nas grandes cidades dos Estados e quer fazer deste o regulamentador e disciplinador dessa desenfreada jogatina, que não presta obséquio à sociedade brasileira e serve apenas para enriquecer grupos de pessoas' (ênfases acrescidas).

"12. Nada obstante, a Lei n. 8.672/93 (Lei Zico) foi revogada pela Lei n. 9.615, de 24-3-1998 (Lei Pelé), que deu novo tratamento à matéria. A Lei Pelé continuou autorizando a prática do jogo de bingo, para angariar recursos para o fomento do desporto, mas somente nas modalidades 'permanente' e 'eventual' (art. 60), com a conseqüente exclusão de qualquer outra modalidade, mormente os chamados bingos eletrônicos, chegando a determinar, de forma expressa, no art. 72, que 'é proibida a instalação de qualquer tipo de máquinas de jogo de azar ou de diversões eletrônicas nas salas de bingo' e, no art. 74, que 'nenhuma outra modalidade de jogo ou similar, que não seja o bingo permanente ou o eventual, poderá ser autorizada com base nesta lei'.

"13. A lei Pelé dispunha também que as entidades de administração e de práticas desportivas que tivessem interesse em explorar o jogo de bingo deveriam credenciar-se junto à União, e atribuía ao Instituto Nacional de Desenvolvimento do Desporto – Indesp, autarquia federal vinculada ao Ministério do Esporte, a competência exclusiva para autorizar e fiscalizar as loterias de bingo, além da aplicação de penalidades. O Decreto n. 2.574, de 29-4-1998, que regulamentou a Lei Pelé, igualmente prescrevia que somente ao Indesp, autarquia federal, era atribuída a competência para o credenciamento de entidades para exploração do jogo de bingo.

"14. Sem embargo, no ano de 2000, pondo fim aos incontáveis problemas envolvendo a exploração do jogo de bingo no país, o legislador proibiu essa espécie de jogatina, editando a Lei n. 9.981 (14-7-2000), que assim dispõe em seu artigo 2º:

'Art. 2º Ficam revogados, a partir de 31 de dezembro de 2001, os arts. 59 a 81 da Lei n. 9.615, de 24-3-1998, respeitando-se as autorizações que estiverem em vigor até a data da sua expiração.

'Parágrafo único. Caberá ao Indesp o credenciamento das entidades e à Caixa Econômica Federal a autorização e a fiscalização da realização dos jogos de bingo, bem como a decisão sobre a regularidade das prestações de contas'.

"15. Os artigos 59 a 81, revogados, são justamente aqueles que autorizavam a prática do bingo em todo território nacional.

"Assim, desde o advento da Lei n. 9.981/00, a exploração do jogo de bingo está proibida, respeitando-se as autorizações que estiverem em vigor, mas somente até a data de sua expiração.

"16. Para regulamentar a Lei n. 9.981/00, foi editado o Decreto n. 3.659, de 14-11-2000, que passou a regular a autorização e fiscalização do jogo de bingo. Este decreto afirmou o monopólio da União para exploração do serviço público de loteria de bingo, atribuindo à Caixa Econômica Federal a competência para executá-lo. Segundo as normas do decreto, a execução levada a efeito pela CEF será direta, quando a própria CEF o realizar, ou indireta, quando a CEF autorizar a exploração por entidades desportivas.

"Assim dispõe o referido decreto:

'Art. 1º A exploração de jogos de bingo, serviço público de competência da União, será executada, direta ou indiretamente, pela Caixa Econômica Federal em todo o território nacional, nos termos das Leis n. 9.615, de 24-3-1998, e 9.981, de 14-7-2000, dos respectivos regulamentos, deste Decreto e das demais normas expedidas no âmbito da competência conferida à Caixa Econômica Federal'.

"17. Portanto, a Lei n. 9.981/00 e o Decreto n. 3.659/00 puseram fim à exploração do jogo de bingo no país, permanecendo somente as autorizações em vigor na data de sua promulgação, que devem ser reconhecidas pela da Caixa Econômica Federal.

"18. Ocorre que o referido decreto concedeu autorização aos bingos permanentes somente pelo prazo de 12 meses, a partir de 30 de dezembro de 2001. Com efeito, tendo esse prazo expirado em 30-12-2002, todos os bingos, de qualquer espécie, passaram, desde então, a estar na ilegalidade".

Desse modo, quanto a essa modalidade de sorteio, desde então, a regulação estadual do bingo tornou-se inoperante, à falta de fonte normativa federal que o autorizasse.

O que pode subsistir – e não está em causa, por não ser objeto desta ação direta – é a legislação estadual atinente à loteria estadual, nos termos restritos em que foram mantidas por força dos arts. 32 e 33 do DL n. 204/67.

Esse o quadro, e na linha dos precedentes reiterados do Tribunal, julgo procedente a ação direta e declaro a inconstitucionalidade da Lei Estadual n. 11.348, de 17-1-2000, do Estado de Santa Catarina: é o meu voto.

Voto

A Senhora Ministra Cármen Lúcia:

Sr. Presidente, acompanho integralmente o voto do Ministro Relator.

A gravidade disso, para quem atua no plano estadual como nós atuamos, é uma das causas de maior pressão que se tem, de toda sorte, camuflada com todos os nomes, inclusive, muitas vezes, procurando dar a ele um aparato de busca de fontes de custeio, de assistência social e tudo mais.

Gostaria, ainda, de lembrar que já se tentou, na Constituinte, expressamente, deferir isso aos Estados, o que não foi permitido. Há, inclusive, em tramitação propostas de emenda constitucional para mudar essa competência, deixando claro que ela não pode ser, realmente, dos Estados.

Voto

O Senhor Ministro Eros Grau:

Senhor Presidente, acompanho o voto do eminente Ministro Relator, reportando-me aos votos que proferi nas ADIn n. 2.847, 2.948 e 3.259.

O Senhor Ministro Marco Aurélio:

Senhor Presidente, quando a matéria veio pela primeira vez ao Plenário, em discussão sobre lei do Distrito Federal, sustentei que não se tem, na espécie, o monopólio do Estado quanto ao jogo -- ou, como queiram, jogatina – no Brasil, o monopólio centralizado na atuação da Caixa Econômica.

Não vou cansar os Colegas com aquela catilinária.

Apenas me reporto ao voto proferido porque continuo convencido de que, na expressão alusiva à disciplina de sorteios e de consórcios, contida na Constituição Federal, não se incluem os jogos em geral, os quais geram, até mesmo, recursos para o setor público.

Daí os doutrinadores apontarem-nos como verdadeiro serviço público e não vou cogitar dos desvirtuamentos, porquanto não posso raciocinar a partir do excepcional, do extravagante, do teratológico.

Peço vênia ao relator e àqueles que o acompanham, reiterando, é certo, a jurisprudência da Corte, o pronunciamento anterior, para julgar improcedente o pedido formulado na inicial.

Eis os motivos por que assim procedo, os quais externei quando da apreciação da ADIn n. 2.847-2/DF, relatada pelo Min. Carlos Velloso e cujo acórdão restou publicado no Diário da Justiça de 26-11-2004:

"[...] O que cumpre examinar é a competência para legislar sobre loterias, visando ao funcionamento destas, presente o disposto no inciso XX do artigo 22 da Constituição Federal:

'Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

[...]

'XX -- sistemas de consórcios e sorteios'.

"Em síntese, ter-se-ia como adentrado o campo do Direito Penal caso dispusesse qualquer das leis atacadas nesta ação direta de inconstitucionalidade sobre contravenção penal, excluindo-a, na linha direta, do cenário jurídico. No caso, o preceito do Decreto-Lei n. 6.259, de 10-2-1944, limita-se a glosar a prática lotérica sem a existência de concessão e, na espécie, discute-se a competência para regular tal prática, o que se circunscreve a campo estranho ao penal. No mais, os autores não divergem sobre a definição do serviço de loteria como público, definição que decorre da lei, segundo Miguel Reale, Diogo de Figueiredo Moreira Neto, Celso Antônio Bandeira de Mello e Luís Roberto Barroso. O legislador, como ressaltado por Celso Antônio Bandeira de Mello em 'Curso de Direito Administrativo', 'erige, ou não, em serviço público tal ou qual atividade, desde que respeitados os limites constitucionais'. Em artigo publicado em 'Temas de Direito Constitucional', Luís Roberto Barroso aduz que a atividade de exploração de loterias é considerada como serviço público por definição legislativa desde 1932, aludindo ao Decreto, desse ano, de n. 21.143, e aos Decretos-Leis sucessivos n. 2.980/41, 6.259/44 e 204/67, sendo que, no último, dispôs-se:

'Art. 1º. A exploração de loteria, como derrogação excepcional das normas do Direito Penal, constitui serviço público exclusivo da União, não suscetível de concessão e só será permitida nos termos do presente Decreto-Lei'.

"Inegavelmente, com esse preceito criou-se o monopólio da União para a exploração das loterias (gênero).

"Ainda sob a égide da Constituição anterior, Caio Tácito produziu artigo sob o título 'Loterias Estaduais (criação e regime jurídico)' publicado na Revista de Direito Público n. 77, de 1986, às páginas 78 e 79. Apontou o autor o conflito da norma do Decreto-Lei n. 204/67 com o princípio da autonomia estadual. Remeteu à regra segundo a qual aos Estados são conferidos todos os poderes que explícita ou implicitamente não lhes sejam vedados – presente o artigo 13, § 1º, da Carta à época em vigor e, hoje, a cláusula do § 1º do artigo 25 da Lei Máxima de 1988, a revelar que são reservadas aos Estados as

competências que não lhe sejam vedadas na própria Constituição. Evocando a convivência, constitucionalmente ordenada, entre o poder central e os poderes locais, ressaltou o jurista caber aos Estados membros a administração dos próprios serviços e, *a fortiori*, a competência de criá-los conforme opção política. No mesmo sentido, emitiu parecer o ministro desta Corte Oswaldo Trigueiro, em 1985, assentando que 'a Constituição não impede o funcionamento da loteria estadual. Primeiro, porque não atribui esse serviço à União, com exclusividade. Segundo, porque não proíbe de forma expressa, ou simplesmente implícita, a existência das loterias estaduais. [...] Se a União pudesse, por lei ordinária, tornar exclusivo um serviço público que a Constituição não proíbe aos Estados, a autonomia destes estaria reduzida a letra morta; a legislação comum poderia aumentar desmedidamente a área de competência federal, estabelecendo a exclusividade da maioria dos serviços públicos concorrentes ou de exclusividade estadual'. O parecer foi publicado na Revista de Direito Público n. 76, de 1985, às p. 38 e 39.

"Nessa mesma linha, pronunciou-se o saudoso Geraldo Ataliba, salientando que 'só são exclusivas da União as competências arroladas no artigo 8º da Constituição Federal. Estas o Estado Federado não pode desempenhar, sem acordo com a União. As demais possíveis atividades públicas – *ex vi* do preceito do § 1º do art. 13 -- podem ser exercidas pelos Estados concorrentemente, ou não, com a União". Em passo seguinte, adentrando a exploração de loterias e similares, concluiu o publicista tratar-se de 'atividade subsumível no conceito *lato* de serviço público'. Quanto à competência da União para legislar sobre Direito Penal, disse da impossibilidade de dar-se a esse enfoque alcance superlativo, a ponto de chegar-se à proibição, aos Estados, do exercício de uma atividade que é qualificada como serviço público e que, segundo lições expendidas, rege-se pelas leis que o ente federado vier a adotar. Confira-se com artigo constante da Revista de Direito Público n. 91, página 96, de Carlos Ari Sundfeld, sob o título 'Loterias Estaduais na Constituição de 1988'.

"Diogo de Figueiredo Moreira Neto, em 1987, consignou que 'o congelamento do *status quo* fático das loterias estaduais decidido por uma lei da União fere esta basilar isonomia', referindo-se ao artigo 9º, inciso I, da Carta em vigor, no que preceituava ser vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal, aos Territórios e aos Municípios criar distinções entre brasileiros ou preferências em favor de uma dessas pessoas de direito público interno contra outra.

"É sabença geral constituir premissa básica do federalismo que

somente à Constituição Federal cabe restringir a autonomia dos Estados membros. Resta saber: tem-se na previsão do inciso XX do artigo 22 da Carta da República abrangência a ponto de alcançar as loterias estaduais nas diversas espécies? A competência privativa da União para legislar sobre sistemas de consórcios e sorteios apanha as loterias estaduais? Eis a questão constitucional da maior relevância com a qual se defronta a Corte, não havendo espaço para óptica que, escapando da seara jurídico-constitucional, situe-se em outras mais amplas, mesmo porque a União explora, com largueza maior, a atividade lotérica.

"Sob o ângulo do monopólio, bem ressaltou Fábio Konder Comparato em 'Monopólio Público e Domínio Público – exploração indireta da atividade monopolizada', publicado em 'Direito Público: Estudos e Pareceres', 1996, p. 149, que a Carta atual, ao contrário das Constituições de 1946 e 1967-69, mostra-se taxativa quanto aos setores ou atividades em que se tem o monopólio estatal, agora deferido exclusivamente à União. Então, o consagrado mestre proclamou que a lei já não pode criar outros monopólios não estabelecidos expressamente no texto constitucional. No mesmo sentido é a lição de Pinto Ferreira, também mencionada no parecer 'Natureza Jurídica das Loterias e Bingos – Competência dos Estados-membros na Matéria', de Luís Roberto Barroso: 'Só existem monopólios criados pela Constituição'. A Lei Máxima não reserva o serviço público de loterias expressamente à União, ficando afastada, assim, a possibilidade de cogitar-se de monopólio.

"Daí a perplexidade gerada com a inserção, na Medida Provisória n. 2.216-31, de 31 de agosto de 2001, do artigo 17 emprestando nova redação ao artigo 59 da Lei n. 9.615, de 24-3-1968, que, revogada pela Medida Provisória n. 168, de 20-1-2004, voltou a vigorar, no que o Senado retirou do cenário jurídico o último diploma, ou seja, a medida provisória proibitiva dos bingos.

'Art. 17. O art. 59 da Lei n. 9.615, de 24-3-1988, passa a vigorar com a seguinte redação:

'Art. 59. A exploração de jogos de bingo, serviço público de competência da União, será executada, direta ou indiretamente, pela Caixa Econômica Federal em todo o território nacional, nos termos desta Lei e do respectivo regulamento'.'

"Eis mais uma serventia encontrada para esse instrumento excepcional de normatização que é a medida provisória – criar o monopólio ligado à área da loteria!

"A visão primeira do inciso XX do artigo 22 da Carta Federal, a versar sobre sistemas de consórcios

e sorteios, reservando-os à disciplina pela União, conduz à conclusão sobre a abrangência a ponto de alcançar loterias. Afinal, estas submetem-se a sistema de sorteio. Todavia, os dois vocábulos – consórcio e sorteio --, conforme ressaltado por Luís Roberto Barroso, jamais englobaram o serviço lotérico. Cita o autor a Lei n. 5.768/71, no que tratou do sorteio de consórcio, da distribuição gratuita de prêmios a título de propaganda e das operações voltadas à aquisição de bens de qualquer natureza, sendo que nesse diploma a única referência a loteria fez-se, considerada a seriedade, mediante remissão para definir os participantes contemplados. A Lei n. 5.864/72 cuidou dos sorteios organizados por instituições declaradas de utilidade pública para custeio de obras sociais, nenhuma ligação havendo com a exploração de loterias pelo poder público.

"Cretella Júnior, em 'Comentários à Constituição de 1988', volume III, página 1.579, registrou que, pela primeira vez, a Carta da República conferiu à União competência privativa para legislar sobre consórcios e sorteios. Então, o autor traçou um paralelo entre a inflação e a competência constante do inciso anterior, ou seja, do inciso XIX, para legislar sobre sistemas de poupança, captação e garantia -- dada a perda do poder aquisitivo da moeda -- da poupança popular. Ora, ante as interpretações possíveis, deve-se buscar a que mantenha íntegro o sistema, preserve a própria Federação. A Constituição Federal, conforme destacado por Carlos Ari Sundfeld no artigo mencionado, não prevê a competência da União para legislar sobre loterias. A junção, no inciso XX, dos vocábulos 'consórcios' e 'sorteios' é conducente a chegar-se à identidade entre eles. Tem-se, então, o texto a apanhar os sorteios que se façam ligados a atividade financeira assemelhada aos consórcios. Colho, ainda, do parecer de Luís Roberto Barroso, que a Constituição, quando se refere à modalidade lotérica, utiliza a expressão 'concurso de prognósticos' – inciso III do artigo 195 --, o mesmo se constatando em diploma legal de índole ordinária – a Lei n. 6.717, de 12-11-1979, no que autorizou a Caixa Econômica a realizar, como modalidade da Loteria Federal regida pelo Decreto-Lei n. 204, de 27-1-1967, presente o gênero 'serviço público', concurso de prognóstico sobre os resultados de sorteios de números, promovido em datas fixadas, com distribuição de prêmios mediante rateio. Aqui, sim, atuou a União e fê-lo porquanto envolvido um serviço público de índole federal, aludindo-se, expressamente, à modalidade 'loteria federal', contrapondo-se a esta a loteria estadual.

"O que se nota, a esta altura, é que, ante possíveis desvirtuamentos de objetivo verificados em uma espécie de loteria, a dos bingos,

já que estes também dependem de sorteio para obter-se prêmio, confundem-se conceitos e, com isso, é colocado em jogo todo o sistema de loteria estadual existente no País, emprestando-se, para tanto, ao inciso XX do artigo 22 da Constituição Federal, alcance incompatível com o fato de viver-se em uma Federação, o que pressupõe, necessariamente, a reserva e a manutenção, relativamente aos entes federados, da disciplina normativa dos serviços públicos que resolvam prestar. O remédio para os desvios de conduta porventura existentes não é esse, sob pena de inconcebível retrocesso constitucional. As leis atacadas nesta ação direta de inconstitucionalidade disciplinam a loteria – gênero, como se tem em quase todos os Estados brasileiros, pouco importando que abranja a nova modalidade -- a que se faz sob a nomenclatura 'bingo', geradora de toda essa celeuma no campo administrativo e político-legislativo.

"Perceba-se o alcance do estrago que uma concepção centralizadora ocasionará. A loteria estadual, sempre revelada como serviço público e voltada ao amparo social especialmente dos menos afortunados, está em todos os Estados, sendo exceção única o do Amapá, no que o Chefe do Poder Executivo nos dois mandatos que antecederam ao atual, governador João Capiberibe, vetou projetos que visavam a regulá-la. Também não cabe, diante da modalidade 'bingo', distinguir essa espécie, considerando-a, quanto à normatividade e até mesmo à exploração, primazia da infalível atuação federal. A sorte lançada, para usar vocábulo pertinente à matéria, é ampla. Ou bem se conclui que a previsão do inciso XX do artigo 22 da Constituição Federal diz respeito a consórcios e sorteios, sem a abrangência a ponto de solapar o princípio -- até hoje não colocado em dúvida -- consoante o qual ao Estado-membro cumpre legislar sobre os próprios serviços públicos, ou, mitigando-se o federalismo, em concentração ímpar, não notada sequer no regime de exceção que precedeu os novos ares democráticos, a Carta de 1988, assenta-se a insubsistência, a ilicitude de toda a legislação estadual que até aqui foi observada, atribuindo-se à União legitimidade constitucional para legislar sobre a loteria estadual, essa espécie de serviço público. Este julgamento ganha, portanto, sentido maior, presentes quer as inúmeras ações em andamento contra leis de outros Estados, quer a sinalização ao Congresso Nacional, aos deputados e senadores, sobre o fidedigno alcance da Carta da República.

"É certo que a chamada Lei Zico – Lei n. 8.672, de 6-7-1993 -- veio a disciplinar o bingo, buscando-se, com isso, recursos para o setor de desportos. A seguir, a Lei Pelé – Lei n. 9.615, de 24-3-1998 --, revogan-

do inteiramente o diploma primitivo, manteve os bingos como fonte de recursos para tal setor. Todavia, isso se fez no campo federal, sem prejuízo da atividade dos Estados, mesmo porque, no Estado do Rio de Janeiro, legislação anterior às duas federais referidas, a Lei n. 2.055, de 25-1-1993, já autorizava a Loterj a promover o sorteio em tal modalidade.

"Por entender que não se tem, no inciso XX do artigo 22 da Constituição Federal, a competência exclusiva da União para legislar sobre loterias, o que acabaria por colocar as diversas loterias estaduais na clandestinidade, peço vênia ao relator para julgar improcedente o pedido formulado, ressaltando, mais uma vez, que se está a tratar não apenas da espécie 'bingo', mas do gênero loteria. É como voto na espécie".

AÇÃO RESCISÓRIA

AÇÃO RESCISÓRIA N. 1.646-9/SC

Relator: Min. Marco Aurélio

Revisor: Min. Gilmar Mendes

Autores: Afonso Arinos Amorim e outros

Advogados: Drs. Paulo Leonardo Medeiros Vieira e outra

Réu: Estado de Santa Catarina

Advogado: PGE-SC Dr. Vitor Antonio Melillo

Ementa

Ação rescisória – Causa de pedir.

A causa de pedir versada na inicial da rescisória vincula o órgão julgador. Ação rescisória – Erro de fato versus *erro de julgamento.*

O erro de fato suficiente a respaldar a ação rescisó-

ria, tal como definido no § 1º do artigo 485 do Código de Processo Civil, há de estar ligado à lide.

Não o configura o de julgamento, retratado em balizas objetivas estranhas ao processo, implicando, sob o ângulo da fundamentação, deslinde de conflito de interesse diverso.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, sob a presidência da Sra. Mina. Ellen Gracie, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade, em julgar improcedente a ação, nos termos do voto do relator. Ausentes, justificadamente, o Sr. Min. Celso de Mello e, neste julgamento, o Sr. Min. Sepúlveda Pertence.

Brasília, 27 de setembro de 2006.

Marco Aurélio,

Relator.

Relatório

O Sr. Min. Marco Aurélio – A inicial de fls. 2 a 7 revela como causa de pedir a ocorrência de erro de fato – artigo 485, inciso IX, do Código de Processo Civil. Em mandado de segurança teria sido concedida a ordem, mediante acórdão prolatado pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, assim ementado à folha 106:

"Mandado de segurança. Servidores públicos. Gratificações fazendárias. Incidência sobre as parcelas agregadas. Exegese do art. 90 da Lei n. 6.745/85. Inconstitucionalidade da agregação. Alegação repelida. Vinculação vencimental. Inocorrência. Súmula 339 (*sic*), do STF. Alcance. Ordem concedida".

O recurso extraordinário interposto pelo Estado veio a ser julgado como se a espécie envolvesse a gratificação complementar de vencimentos instituída pela Lei n. 9.845/95 e, ainda, pleito de inativos. Assevera-se que o mandado de segurança foi impetrado em data anterior à citada lei, razão pela qual não poderia versar sobre benefício nela previsto. Requer-se a rescisão da decisão proferida no Recurso Extraordinário

n. 248.900-0/SC, assentando-se a inviabilidade deste, em face do teor do Verbete n. 280 da Súmula deste Tribunal. Com a inicial, vieram os documentos de fls. 8 a 55.

O Estado de Santa Catarina contestou o pedido formulado, conforme peça de fls. 71 a 76, ressaltando que não se tem na espécie a configuração de erro de fato. Alegou que o descompasso entre a controvérsia retratada nos autos em que interposto o extraordinário e a decisão proferida está ligado ao relatório, não ficando prejudicado o tema de fundo, no que alusivo a direito a regime jurídico. Articulou com precedentes desta Corte.

Às fls. 149 a 153, estão as razões finais do Estado, não havendo os autores se manifestado em tal campo.

O parecer da Procuradoria-Geral da República é no sentido da improcedência do pedido, em razão da falta de configuração de erro de fato.

Em 29 de setembro de 2003, lancei visto no processo, encaminhando-o ao revisor (fl. 164).

É o relatório.

Voto

O Senhor Ministro Marco Aurélio (Relator):

Inicialmente, há de se atentar para a vinculação à causa de pedir contida na inicial. Descabe substituí-la. O raciocínio desenvolvido diz respeito ao erro de fato. Todavia, considerada a definição do § 1º do artigo 485 do Código de Processo Civil, ele não se faz presente:

Há erro quando a sentença admitir um fato inexistente, ou quando considerar inexistente um fato efetivamente ocorrido.

No caso, julgou-se o recurso extraordinário como se envolvesse aposentados e a gratificação complementar de vencimentos prevista na Lei n. 9.847/95, citando-se precedentes sobre a matéria (fl. 54). O ato formalizado a partir do disposto no artigo 557 do Código de Processo Civil – pelo relator – não mereceu ataque, quer por embargos declaratórios, quer por agravo, para apreciação do merecimento pela Turma a que integrado o prolator.

Em síntese, o erro verificado não diz respeito à lide retratada no recurso extraordinário, mas à situação estranha ao que nele versado. Surgiu como erro de julgamento, não cabendo corrigi-lo na via estreita da ação rescisória.

Julgo improcedente o pedido formulado. Alcançada a unanimidade, imponho aos autores a perda do depósito efetuado, na importância de R$ 50,00 (fl. 56), em benefício do Estado-réu.

Deixo de condená-los à satisfação dos honorários advocatícios ante a circunstância de a rescisória estar ligada a mandado de segurança, tendo sido pleiteados os dois juízos, ou seja, o de rescisão e o de prolação de pronunciamento que substitua o atacado.

Voto revisão

A Senhora Ministra Ellen Gracie (Revisora):

1. Trata-se de ação rescisória ajuizada por Afonso Arinos Amorim e outros em desfavor do Estado de Santa Catarina, com base no inciso IX do art. 485 do CPC, visando desconstituir decisão monocrática proferida pelo Min. Néri da Silveira no RE n. 248.900, com o seguinte teor (fl. 54):

"Vistos. Trata-se de recurso extraordinário interposto com fundamento no art. 102, III, *a* e *c*, da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Primeiro Grupo de Câmaras do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, onde ficou assentado que a Gratificação Complementar de Vencimentos, instituída pela Lei n. 9.847/95, incidente sobre os vencimentos dos ocupantes de cargos comissionados e dos correlacionados a estes, contempla, igualmente, os detentores da estabilidade financeira em atividade ou inativos.

"2. Em suas razões, sustenta o recorrente que o acórdão recorrido violou os art. 37, inciso XIV, da Carta Magna.

"3. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE n. 226.462-5, em 13-5-98, rel. Min. Sepúlveda Pertence, assentou que o paradigma do servidor inativo, com estabilidade financeira, para efeito do § 4º do art. 40 da Constituição Federal, não é o atual ocupante do respectivo cargo em comissão, mas sim o servidor beneficiário, na ativa, da vantagem decorrente do seu exercício anterior. Ressalvou que, tendo em conta a garantia da irredutibilidade de vencimentos ou vantagens funcionais, jamais poderá ocorrer a diminuição do *quantum* já percebido conforme o regime anterior. Por fim, entendeu não ser aplicável à espécie o § 4º do art. 40 da CF, que determina a extensão aos inativos de quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidas aos servidores em atividade, porquanto não houve tratamento diferenciado entre os servidores em atividade e os inativos.

"Fixou também, o Plenário do STF, em 9-12-98, por ocasião do julgamento dos RREE n. 222.480/SC e 223.425/SC, rel. Min. Moreira Alves, que a aplicação da Lei n. 9.847/95 -- resultante da conversão da MP Estadual n. 61/95, que instituiu a "gratificação complementar de vencimento" aos servidores ocupan-

tes de cargos comissionados -- não poderia ser estendida aos servidores em atividade que não mais ocupavam os referidos cargos, embora beneficiados pelo instituto da estabilidade financeira.

"4. Do exposto, com base no § 1º-A do art. 557 da Lei n. 5.869, na redação dada pela Lei n. 9.756, de 17 de dezembro de 1998, conheço do recurso e lhe dou provimento".

Alegam que o recurso extraordinário foi provido com base em fundamento estranho a causa de pedir. Sustentam, em síntese, que (fl. 4):

"[...] Os requerentes, servidores públicos em atividade, lotados na Secretaria de Estado da Fazenda, não pleitearam na ação mandamental o recebimento da Gratificação Complementar de Vencimento de 90%, instituída pela MP n. 61/95, transformada na Lei n. 9.847/95, incidente sobre os vencimentos dos ocupantes de cargos comissionados e dos correlacionados a estes, contemplando igualmente os detentores da estabilidade financeira em atividade ou inativos, como consta na r. decisão que conheceu e proveu o recurso do Estado.

[...]

"No *mandamus*, pretendiam os ora requerentes apenas o cumprimento integral das apostilas de agregação, editadas pela própria administração, as quais lhe conferiram o direito de receber as vantagens da substituição, consoante preceito da Carta Estadual citado, e no Estatuto. Visavam, portanto, unicamente, o cumprimento de Ato Administrativo perfeito e acabado.

"[...] inaplicável ao caso dos requerentes a legislação citada no aresto, como razão de decidir, e bem assim o precedente dessa altíssima Corte, invocados pelo eminente relator, provendo o recurso. Insista-se, pela pertinência, que os autores são servidores em atividade, não se lhes aplicando o dispositivo em que, nessa parte, se fundou o acórdão (CF art. 40, § 4º), impondo-se, também por esta razão, d.m.v., a rescisão do julgado ante o manifesto erro de fato [...]".

2. A ação mandamental impetrada pelos autores tinha por objeto o reconhecimento da incidência das gratificações previstas nas Leis Estaduais n. 4.426/70 (gratificação de produtividade) e 8.411/91 (retribuição complementar variável) sobre a vantagem incorporada (agregada) decorrente do exercício de cargo comissionado por determinado lapso temporal (exator e escrivão de exatoria). Assim, pretendiam os impetrantes a vinculação do percentual incorporado às variações da remuneração do cargo em comissão exercido de forma temporária.

O TJSC, com base no princípio constitucional do direito adquirido,

concedeu a ordem, ao entendimento de que "congelar aquela vantagem, mediante a não incidência sobre ela das gratificações que são atribuídas aos cargos de provimentos efetivos, implicará, sem qualquer dúvida, em afronta ao art. 5º, XXXVI, da Carta Magna" (fl. 33).

Referido julgado foi reformado pela decisão ora rescindenda, da lavra do eminente Ministro Néri da Silveira, que deu provimento ao recurso extraordinário interposto pelo Estado de Santa Catarina.

3. A rescisória foi interposta com base no inc. IX do art. 485 do CPC. O § 1º desse dispositivo, em interpretação autêntica, dispõe que o erro de fato consiste em a sentença ou o acórdão "admitir um fato inexistente" ou "considerar inexistente um fato efetivamente ocorrido", em razão de atos ou de documentos da causa.

Todavia, só se admite a rescisória fundada nesse inciso processual quando o erro tenha influência direta na decisão da causa, é dizer, só se reconhece o erro de fato quando a correção da falha for suficiente para alterar o teor do julgado. Nesse sentido, já decidiu esta Suprema Corte:

"Ação rescisória -- Erro de fato (art.485, IX, do CPC): somente se admite a rescisória fundada nesse inciso processual quando for razoável presumir que o juiz não teria julgado como o fez se tivesse atentado para a prova, e não quando a apreciou e, bem ou mal, firmou sua convicção -- Inexistência, ainda, de ofensa aos preceitos constitucionais e legais invocados. Ação rescisória julgada improcedente" (AR n. 991, rel. Min. Cunha Peixoto, DJ 21-3-1980). No caso em tela, entretanto, observo que os equívocos apontados na decisão rescindenda – vale dizer, a inocorrência de aplicação do art. 40, § 4º, da Lei Maior, bem como a menção de gratificação diversa da referida no mandado de segurança -- não são aptos à rescisão do julgado, visto que, ainda que o Relator atentasse corretamente para esses fatos, outra não seria sua conclusão.

Com efeito, a matéria de fundo tratada nos precedentes citados na decisão rescindenda (RE n. 226.462 e RE n. 222.480) é a mesma do mandado de segurança impetrado pelos ora requerentes, qual seja, o direito adquirido a regime jurídico, de modo que, mesmo fazendo referência à gratificação da Lei n. 9.847/95, a solução para o deslinde da causa não seria diversa.

Em outras palavras, o fundamento jurídico e os precedentes utilizados na decisão impugnada têm pertinência com a matéria nela examinada, não dando ensejo à propositura de ação rescisória.

Nesse aspecto, correto o parecer da PGR (fls. 160 e 161), ao afirmar que, "No caso, muito embo-

ra o precedente citado no acórdão rescindendo se refira também à aplicabilidade do art. 40, § 4º, da Constituição Federal, pretensão não mencionada em sede de mandado de segurança impetrado pelos ora requerentes, a matéria de fundo ora discutida refere-se à inexistência de direito adquirido de servidor público a regime jurídico de vencimentos, nos termos da Jurisprudência consolidada na Excelsa Corte", concluindo, ao final, que "não se evidencia hipótese a justificar a rescisão da v. decisão proferida por essa Suprema Corte", pois, "Ainda que demonstrado o equívoco na fundamentação do acórdão rescindendo, vale dizer, uma vez mais, a inocorrência de aplicação do art. 40, § 4º, da Lei Maior, não teria ele constituído alicerce principal do descisório, porque mesmo sem a ocorrência do erro, outra não teria sido a conclusão, na medida em que a decisão dirimiu a controvérsia em consonância com a jurisprudência da Excelsa Corte, já assentada e ainda hoje vigorante".

4. Ante o exposto, voto pela improcedência da ação rescisória.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 274.746-7/SC

Relator: Min. Gilmar Mendes

Recorrente: Estado de Santa Catarina

Advogado: PGE-SC – Dr. Osmar José Nora

Recorridos: Waldir Holler e outros

Advogados: Drs. Ana Cristina Ferro Blasi e outros

Ementa

Recurso extraordinário. 2 Servidor público. Adicional por tempo de serviço. Cálculo. Incidência sobre a totalidade da remuneração. Precedentes da 1ª Turma. 3 Recurso extraordinário não provido.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, sob a presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes, em conformidade com a ata de julgamento e as notas taquigráficas, por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso.

Brasília, 2 de maio de 2006.

Ministro Gilmar Mendes,

Presidente e Relator.

Relatório

Senhor Ministro Gilmar Mendes (Relator):

O acórdão recorrido foi assim ementado:

"Mandado de Segurança – Legitimidade passiva – Secretário de Estado da Fazenda.

"O Secretário da Fazenda, por ser o responsável pela administração da Fazenda Pública Estadual, deve necessariamente integrar o pólo passivo do *writ* que ataca ato cujos reflexos repercutem diretamente na esfera financeira do Estado.

"Legitimidade passiva – Secretária de Estado da Administração.

"Por haver norma expressa delegando competência à Secretaria de Estado da Administração para desenvolver atividades relativas aos benefícios funcionais e à remuneração dos servidores civis, deve o titular da Pasta figurar no pólo passivo do *mandamus* mesmo quando não tenha praticado diretamente o ato impugnado, mas este estiver dentro do campo abrangido por aquelas delegações.

"Adicional por tempo de serviço – Teto constitucional – Exclusão.

'Não está incluído no cálculo da redução salarial para fins de aplicação do art. 37, XI, da CF, o adicional por tempo de serviço' (STJ)".

Contra essa decisão foi interposto recurso extraordinário fundado no art. 102, III, *a*, por ofensa aos arts. 37, XI, e 40, § 4º, da Carta Magna, e art. 17 do ADCT, no qual se alega (fls. 117 a 125):

"1. A questão que efetivamente se discute no presente feito, resume-se em se saber se os percentuais correspondentes ao adicional por tempo de serviço podem incidir sobre parcela de remuneração não recebida pelo servidor, por vedar a Carta da República o seu pagamento.

"O acórdão guerreado entendeu, com arrimo nos artigos 37, XI, e 40, § 4º, da Carta da República, que sim, como o que violados tanto os preceptivos em que se fundamentou, como também o artigo 17 do ADCT, o qual afirma inaplicável ao caso, conforme se passa a demonstrar.

[...]

"Aliás, o que determina expressamente o art. 17 do Ato das Disposições Transitórias da Constituição Federal, é que os vencimentos, a remuneração, as vantagens, os adicionais e os proventos, que ultrapassarem o limite máximo, sejam imediatamente reduzidos, no caso, aos valores correspondentes à remuneração vencida por Secretário de Estado. Ora se devem ser reduzidos, é porque a parcela que ultrapassar ditos limites deixa, pura e simplesmente, de existir. Deixa de qualificar-se como vencimentos.

"8. Ademais, seria de uma lógica absurda, aceitar-se como aceitou o acórdão recorrido, que parcela cuja percepção é vedada, portanto ilegal e ilegítimo o seu pagamento, o qual se ocorresse seria absolutamente nulo, fosse valorada para atribuir-se a servidor público o direito de receber novos valores remuneratórios.

"Se nulo o pagamento do principal, nulo também o pagamento de vantagens acessórias, que o tenham como base de cálculo".

O Subprocurador-Geral da República, Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos, em parecer de fl. 209, manifestou-se pelo desprovimento do recurso.

Voto

O Sr. Min. Gilmar Mendes (Relator):

A questão em apreço encontra-se pacificada no âmbito da 1ª Turma desta Corte, que, em situações análogas, tem proferido o seguinte entendimento:

"Ementa: Servidor público. Adicional por tempo de serviço. Cálculo. Incidência sobre o teto constitucional e não sobre a totalidade da remuneração. Inadmissibilidade.

"Segundo a reiterada jurisprudência desta colenda Corte, o adicional por tempo de serviço, vantagem de natureza pessoal, por excelência, está imune ao teto previsto no art. 37, inciso XI, da Constituição Republicana, razão por que deve incidir sobre a totalidade da remuneração do servidor, antes de ela ser ajustada ao teto legalmente estipulado, e não sobre este" (RE n. 254.602, rel. Carlos Britto, DJ 11-2-05).

E, ainda:

"Ementa: agravo regimental em recurso extraordinário. Administrativo. Servidor público. Adicional por

tempo de serviço. Cálculo. Incidência sobre a totalidade da remuneração.

"Conforme jurisprudência firmada por esta Corte, o adicional por tempo de serviço está imune ao teto previsto no art. 37, XI, da CB/88, e, por isso, deve incidir sobre a totalidade da remuneração do servidor.

"Agravo regimental não provido" (AgRRE n. 367.518, rel. Eros Grau, DJ 22-4-05).

É relevante anotar que a discussão é anterior à Emenda Constitucional n. 41, de 19 de dezembro de 2003, que conferiu nova redação ao inciso XI do art. 37 do texto constitucional, dando nova disciplina ao teto remuneratório do funcionalismo público inclusive no que diz com as denominadas "vantagens pessoais".

Assim, nego provimento ao recurso extraordinário.

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS* N. 89.152-7/SC

Relator: Min. Ricardo Lewandowski

Recorrente: Gabriela Monteiro Siqueira

Advogados: Drs. Fernando Roberto Telini Franco de Paula e outros

Recorrida: 1ª Turma de Recursos da Capital

Ementa

Penal. Processual penal. Habeas corpus*. Crime contra a ordem tributária. Parcelamento de débito. Suspensão da punibilidade. Art. 9º da Lei n. 10.684/03. Suspensão da prescrição punitiva.*

I – O simples parcelamento de débito tributário não é procedimento apto a extinguir a punibilidade por crimes decorrentes de ofensa à Lei n. 8.137/90.

II – Necessidade de quitação integral perante as autoridades fazendárias.

III – Ordem concedida de ofício para suspender a punibilidade do agente, bem como da prescrição punitiva.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Sr. Min. Sepúlveda Pertence, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por decisão unânime, negar provimento ao recurso ordinário em habeas corpus.

Conceder, porém, de ofício, a ordem para suspender o curso do processo e a prescrição da pretensão punitiva, nos termos do voto do Relator. Não participou, justificadamente, deste julgamento o Ministro Marco Aurélio.

Brasília, 29 de agosto de 2006.

Ricardo Lewandowski,

Relator.

Relatório

O Sr. Min. Ricardo Lewandowski:

Trata-se de Recurso Ordinário em *habeas corpus* interposto por Fernando Roberto Telini e outros em favor de Gabriela Monteiro Siqueira, contra acórdão da 1ª Turma de Recursos de Santa Catarina que denegou o *Habeas Corpus* n. 62, em decisão assim ementada:

"*Habeas corpus* – Trancamento de ação penal – Alegação de constrangimento ilegal por falta de justa causa – Parcelamento de débito tributário – Denúncia ainda não recebida – Ausência de coação ilegal – Persecução penal não iniciada – Ordem denegada.

"O início da persecução penal ocorre com o recebimento da denúncia. Inexistente essa, inviável é o trancamento da ação penal, ante a não configuração da coação ilegal" (fl. 47).

Sustenta a recorrente, em sín-

tese, a ausência de justa causa para o prosseguimento da Ação Penal n. 023.04.065831-0 instaurada contra ela por crimes contra a ordem tributária, em particular o delito tipificado no artigo 2º, II, da Lei n. 8.137/90[1], combinado com o art. 71 do Código Penal[2].

Para tanto, com base no disposto no art. 34 da Lei n. 9.249/95[3] aduz que os débitos referentes à denúncia foram parcelados e estão sendo regularmente pagos e que, portanto, encontra-se extinta a punibilidade dos crimes capitulados na denúncia oferecida pelo Ministério Público Estadual.

Alega, mais, que o constrangimento ilegal manifesta-se no fato de estar sendo a paciente submetida aos trâmites de uma ação penal em que a punibilidade, nos termos da legislação vigente, já se encontra extinta.

Pede, ao final, o provimento do recurso para o trancamento da referida ação penal, "por falta de justa causa, em razão do art. 34 da Lei n. 9.249/95, haja vista o parcelamento dos débitos antes do recebimento da denúncia, tudo na conformidade do art. 648, I, do Código de Processo Penal" (fl. 72).

O Ministério Público Federal, em parecer de lavra do Subprocurador-Geral da República, Dr. Edson Oliveira de Almeida, opina pelo parcial provimento do recurso, apenas para que seja suspensa a pretensão punitiva (fls. 80 a 82).

Voto

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski (Relator):

Trata-se de recurso ordinário em *habeas corpus* interposto por Fernando Roberto Telini e outros em favor de Gabriela Monteiro Siqueira, contra acórdão da 1ª Turma de Recursos de Santa Catarina que denegou o *Habeas Corpus* n. 62.

Sem razão a impetrante quanto à extinção da punibilidade.

É que o artigo 34 da Lei n. 9.249/95 dispõe que a extinção da punibilidade somente ocorre com o efetivo pagamento do débito, acrescido dos acessórios, antes do recebimento da denúncia. Não é, todavia, o caso dos autos.

1 Lei n. 8.137:
"Art. 2º – Constitui crime contra a ordem tributária: [...].
II -- deixar de recolher tributo ou contribuição social, descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo de obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos [...]".
2 Crime continuado.
3 Lei n. 9.249/95:
"Art. 34 – Extingue-se a punibilidade dos crimes definidos na Lei n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e na Lei n. 4.729, de 14 de julho de 1965, quando o agente promover o pagamento do tributo ou contribuição social, inclusive acessórios, ante o recebimento da denúncia".

A recorrente comprovou o parcelamento do débito tributário, mas não a sua efetiva quitação, que é objeto de parcelamento. Essa circunstância impõe a denegação da ordem tal como pedida.

Vislumbro, no entanto, na esteira do parecer do Ministério Público Federal, a possibilidade de conceder o *writ*, de ofício, para o fim de suspender a pretensão punitiva durante o período em que os débitos relacionados com os aludidos crimes estiverem incluídos no regime de parcelamento, nos termos do art. 9º da Lei n. 10.684/20034, mesmo porque a própria exigibilidade do crédito tributário fica suspensa com o parcelamento regular do débito, nos termos da atual redação do art. 151 do Código Tributário Nacional (Precedente: HC n. 84.700/SP, rela. Mina. Ellen Gracie, 2ª Turma, unânime; Casos semelhantes: HC n. 86.465 MC/ES, rel. Min. Joaquim Barbosa; HC n. 86.688 MC/SP, rel. Min. Gilmar Mendes).

Isso posto, nego provimento ao presente Recurso Ordinário, concedendo a ordem de ofício para suspender o recurso do processo durante o período em que o parcelamento do tributo estiver sendo regularmente adimplido, suspendendo-se igualmente a prescrição da pretensão punitiva.

4 Lei n. 10.684/03:
"Art. 9º -- Art. 9º É suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1º e 2º da Lei n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos arts. 168-A e 337-A do Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no regime de parcelamento.
§ 1º -- A prescrição criminal não corre durante o período de suspensão da pretensão punitiva.
§ 2º -- Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos neste artigo quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios".

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS

***HABEAS CORPUS* N. 51.986/SC (2005/0215650-8)**

Relator: Ministro Paulo Medina

Impetrante: Sílvia Baenteli

Advogados: Drs. Acácio Marcel Marçal Sarda e outro

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina

Paciente: Herbert Habeck

Ementa

Processual penal. Penal. Habeas corpus*. Sentença condenatória que condiciona a prisão do réu ao seu trânsito em julgado. Recurso ministerial. Preclusão. Decisão que nega seguimento a recursos excepcionais. Expedição de mandado de prisão. Falta de fundamentação.* Reformatio in pejus*. Inteligência do artigo 27, § 2º, da Lei n. 8.038/90. Limites à aplicabilidade. Ordem concedida.*

Exsurge da decisão subjugada que o Tribunal de Justiça de Santa Catarina manifestou-se, alicerçando seus argumentos em enunciado sumular desta Corte Superior, pela não ocorrência da vedada reformatio in pejus*, porque a decisão judicial de conceder ao paciente o direito a*

permanecer em liberdade até o trânsito em julgado limita-se às instâncias ordinárias, tendo em vista não figurar o Superior Tribunal de Justiça "terceira instância".

A inexistência de eficácia suspensiva para os recursos extraordinários e especial não pode ser interpretada no sentido da impossibilidade de deferir-se ao condenado o direito à liberdade para recorrer.

Destarte, mesmo que a ineficácia suspensiva dos recursos extraordinário e especial pudesse significar, no que tange à decisão condenatória, a positivação da regra da prisão para recorrer, ainda assim, não estaria o magistrado impedido de apontar a exceção. Ao condicionar a prisão ao trânsito em julgado da sentença, estaria, nessa linha, decidindo por conferir ao caso concreto um tratamento de exceção àquela regra.

O Ministério Público Federal se conformou com a decisão judicial, posto que não recorreu da sentença. Ocorreu, inexoravelmente, o trânsito em julgado para a acusação. A ordem de prender, atrelada, pelo juiz sentenciante, ao trânsito em julgado da sentença condenatória, não poderia ser expedida pelo Tribunal local, à mingua de motivos determinantes quanto à sua necessidade, sem se converter em inequívoco prejuízo para o condenado.

Esse prejuízo constitui, na espécie, hipótese de proibida reformatio in pejus *que, por isso, não há de ser suportada pelo paciente e nem tolerada pela ordem jurídica, sob pena de completo desvirtuamento das regras e princípios que, no âmbito penal, informam o devido processo legal e orientam, por conseqüência, a atividade jurisdicional.*

Ordem concedida.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conceder a ordem de habeas corpus*, nos termos do voto do Sr. Min. Relator. Os Srs. Min. Maria Thereza de Assis Moura, Nilson Naves, Hamilton Carvalhido e Paulo Gallotti votaram com o Sr. Min. Relator.*

Presidiu o julgamento o Sr. Min. Paulo Medina.

Brasília (DF), 17 de agosto de 2006.

Paulo Medina,

Presidente e Relator.

Relatório

Trata-se de *habeas corpus* impetrado por Sílvia Baentele em favor de Herbert Habeck contra o Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

O Paciente foi condenado pela imputação de prática da conduta descrita no artigo 214 c/c 224, *a*, e artigo 71, todos do Código Penal (autos de origem n. 027.01.002789-7, que tramitou na 2ª Vara da comarca de Ibirama. Na sentença, foi-lhe deferido o direito de recorrer em liberdade e assim permanecer até o trânsito em julgado da decisão condenatória.

Irresignado com a sentença, apelou (Autos n. 2004.019238-0). A Primeira Câmara Criminal do Tribunal catarinense, por unanimidade, negou provimento ao recurso, para manter, *in totum*, os fundamentos do julgado monocrático.

Opostos embargos de declaração, foram rejeitados, por unanimidade, ao argumento de que o Paciente estaria desnaturando os embargos declaratórios quando os utilizava para forçar o Tribunal a rejulgar a apelação.

Insurgiu-se contra o acórdão e interpôs recursos especial e extraordinário, os quais sofreram juízo de admissibilidade negativo pelo 2º Vice-Presidente do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, que determinou, com fundamento na orientação doutrinária e jurisprudencial daquela Corte local, a expedição de mandado de prisão com a finalidade de se dar cumprimento à sentença.

A impetrante afirma a ocorrência de ilícito constrangimento à liberdade do paciente, em virtude da decretação de sua prisão, pois a sentença condenatória havia transitado em julgado para o Ministério Público – circunstância impeditiva da *reformatio in pejus*.

Aduz, ainda, ser a decisão ordenadora da prisão carente de

fundamentação, o que consubstanciaria, outrossim, violação dos artigos 5º, XLI, e 93, IX da Constituição Federal, já que deixou de apontar os elementos concretos determinantes da medida extrema.

Alega, ademais, que a regra contida no art. 27, § 2º, da Lei n. 8.038/90 cede espaço quando se trata de questões criminais, para as garantias constitucionais do estado de inocência e devido processo legal.

Liminar indeferida pelo Exmo. Sr. Ministro Edson Vidigal, que considerou existir confusão entre o *fumus boni iuris* e o objeto do *habeas corpus*, fato impeditivo de cognição na fase perfunctória da medida liminar (fl. 165).

O Des. Presidente do Tribunal de Justiça de Santa Catarina trouxe aos autos as informações pertinentes (fls. 169 a 200).

O Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem, em parecer assim ementado:

"*Habeas corpus* liberatório. Atentado violento ao pudor. Requerimento de suspensão da execução provisória da sentença, em vista da interposição de recursos especial e extraordinário, e porque a sentença, irrecorrida pelo MP, condicionou a prisão ao trânsito em julgado. Paciente de 76 anos de idade, primário e de bons antecedentes, que nega os fatos e os considera fundados em provas de pouca credibilidade.

"CPP art. 637 e Súmula 267/STJ: a interposição de recursos especial e extraordinário não tem o condão de suspender a execução da sentença, porque são desprovidos de efeito suspensivo.

"Possível *reformatio in pejus*, consistente na ordem de captura, determinada pela decisão que negou seguimento aos recursos excepcionais, sem que houvesse recurso da acusação contra a sentença condenatória, que determinou a expedição do mandado de prisão somente após o trânsito em julgado. Falta de prova pré-constituída: ausência de cópia do decreto condenatório, que, segundo a impetrante, teria condicionado a execução da sentença ao trânsito em julgado da condenação.

"Parecer pelo não conhecimento do *writ*".

Decisão

Exsurge da decisão subjugada que o Tribunal de Justiça de Santa Catarina manifestou-se, alicerçando seus argumentos em enunciado sumular desta Corte Superior, pela não ocorrência da vedada *reformatio in pejus*, porque a decisão judicial de conceder ao paciente o direito a permanecer em liberdade até o trânsito em julgado limita-se às instâncias or-

dinárias, tendo em vista não figurar o Superior Tribunal de Justiça "terceira instância".

A inexistência de eficácia suspensiva para os recursos extraordinários e especial não pode ser interpretada no sentido da impossibilidade de deferir-se ao condenado o direito à liberdade para recorrer.

Destarte, mesmo que a ineficácia suspensiva dos recursos extraordinário e especial pudesse significar, no que tange à decisão condenatória, a positivação da regra da prisão para recorrer, ainda assim, não estaria o magistrado impedido de apontar a exceção. Ao condicionar a prisão ao trânsito em julgado da sentença, estaria, nessa linha, decidindo por conferir ao caso concreto um tratamento de exceção àquela regra.

O Ministério Público Federal se conformou com a decisão judicial, posto que não recorreu da sentença. Ocorreu, inexoravelmente, o trânsito em julgado para a acusação. A ordem de prender, atrelada, pelo juiz sentenciante, ao trânsito em julgado da sentença condenatória, não poderia ser expedida pelo Tribunal local, à mingua de motivos determinantes quanto à sua necessidade, sem se converter em inequívoco prejuízo para o condenado.

Esse prejuízo constitui, na espécie, hipótese de proibida *reformatio in pejus* que, por isso, não há de ser suportada pelo paciente e nem tolerada pela ordem jurídica, sob pena de completo desvirtuamento das regras e princípios que, no âmbito penal, informam o devido processo legal e orientam, por conseqüência, a atividade jurisdicional.

Ordem concedida.

Voto

O Exmo. Senhor Ministro Paulo Medina (Relator):

Prolatada sentença pelo Juízo da Segunda Vara da comarca de Ibirama, no pertinente (fls. 237 a 256):

"[...] Diante do exposto, julgo procedente a denúncia apresentada pelo Ministério Público e, em conseqüência, condeno o acusado Herbert Habeck por infração ao crime previsto no art. 214 c/c 224, letra *a,* c/c artigo 71, parágrafo único, todos do Código Penal Brasileiro, ao cumprimento da pena privativa de liberdade de 10 (dez) anos e (6) seis meses e 20 (vinte) dias de reclusão, a ser cumprida em regime integralmente fechado (CP, art. 33, parágrafo 2º, letra *a*, c/c artigo 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90.

"Concedo ao réu o direito de recorrer em liberdade, uma vez que respondeu todo o processo em liberdade (CPP, art. 594).

"Com o trânsito em julgado, lance-se o nome do sentenciado no rol dos culpados, comunicando-se a Corregedoria-Geral da Justiça, para fins de estatísticas e antecedentes, e à Justiça Eleitoral da Comarca; *expeça-se mandado de prisão* , remeta-se o processo à Contadoria Judicial para elaboração do cálculo das custas processuais, intimando-se o sentenciado para o pagamento em 10 (dez) dias; forme-se o PEC definitivo; requisite-se vaga e expeça-se carta de guia" (destaquei).

Vê-se, pelos excertos transcritos da decisão de primeiro grau, que a prisão do Paciente foi condicionada ao trânsito em julgado da sentença condenatória.

Se esse direito lhe fora concedido por sentença, não resta dúvida de que sua situação foi modificada, e para pior, após o julgamento do apelo movido pela defesa. Inegável a caracterização do prejuízo.

A matéria trazida para discussão traduz-se em imprimir a esse prejuízo a caracterização de constrangimento ilegal à liberdade do Paciente – direito esse outrora garantido na sentença que fora submetida, por recurso da defesa, à apreciação da Corte catarinense -- ou se esse gravame encontra justificativa legal, devendo suportá-lo o condenado, como conseqüência natural da manutenção da condenação decretada.

Alega a Impetrante que essa modificação operada em segunda instância configura *reformatio in pejus*, expressamente vedada em lei.

Vê-se, pelo teor da decisão reputada ilegal, que não houve preocupação em apresentar-se qualquer justificativa para desconstituição da sentença nesse particular aspecto, tendo apenas ordenado a expedição do mandado de prisão, "para determinar a extração das peças indicadas à execução imediata da pena privativa de liberdade, já que inexiste efeito suspensivo que a justifique; muito pelo contrário, o pleito tem amparo na Súmula 267 e remansosa jurisprudência do STF" (fls. 301 e 302).

Exsurge-se, portanto, do trecho destacado da decisão subjugada, que o Tribunal Estadual não considerou o pedido do Ministério Público *reformatio in pejus*, deferindo-o.

Evidente que o Magistrado singular não poderia impor desde logo, naquele momento processual, a custódia definitiva do paciente. O que não significa, no entanto, que estaria ele dispensado de decidir quanto à prisão do réu naquela fase. Assim, por conseqüência, poderia ordenar o imediato recolhimento do condenado ao cárcere, a título provisório, caso entendesse pela necessidade de tal providência. Todavia, não foi essa a postura tomada pelo Juiz. Ao contrário, foi concedido ao réu o direito de apelar em liberdade (artigo 2º, § 2º, da Lei

n. 8.072/90). Poderia ter cingido sua decisão à concessão ou não do direito de apelar em liberdade. Mas rompeu com essa limitação e dispôs, também, acerca do direito de o condenado, em liberdade, aguardar o trânsito em julgado de sua condenação.

A não ser que se entenda não possa o Juiz sentenciante deliberar quanto à necessidade ou desnecessidade de constranger o condenado antes do início do procedimento executivo, não há razão lógica que autorize considerar pertinente a decisão ora atacada.

Sendo assim, se a execução da condenação demanda consolidação da culpabilidade, não se pode coadunar com o entendimento de que o acórdão recorrível, por si só, seja suficiente para dar-se início à fase de execução da pena. Se a culpabilidade não está definitivamente afirmada, não pode ser esse o título da prisão antes do trânsito em julgado.

A concreta decisão judicial condicionou a prisão ao trânsito em julgado da sentença condenatória. Diante disso, restando irrecorrível pela acusação a referida prestação jurisdicional, não poderia a Corte Estadual modificar a determinação do Juízo monocrático, visto que a sentença havia transitado em julgado para o Ministério Público. Logo, o TJSC não poderia reformar a sentença nesse particular e decretar o recolhimento do réu à prisão.

O disposto no artigo 27, § 2º, da Lei n. 8.038/90 não é suficiente para negar-se ao acusado o direito de recorrer em liberdade em face da inexistência de vedação legal de concessão desse direito no acórdão condenatório ou confirmativo de condenação.

Mesmo diante do disposto no artigo 594 do Código de Processo Penal, já não se sustenta esteja o Juízo da condenação impedido de deliberar quanto à liberdade na fase recursal. A previsão legal de ineficácia suspensiva dos recursos extraordinário e especial não pode ser interpretada no sentido de que o órgão judiciário esteja proibido de resolver quanto à manutenção da liberdade do condenado, ainda que na esfera provisória.

Veja-se que a ausência de eficácia suspensiva nos recursos extraordinários *lato sensu* diz respeito à concreta decisão recorrida e não à condenação em si mesma -- de sorte que, se o acórdão que julgou a apelação deliberou pela manutenção da liberdade até o trânsito em julgado da condenação, será a ausência de eficácia suspensiva que impedirá a expedição, desde logo, da ordem restritiva.

Se o direito de recorrer em liberdade foi deferido em sentença, não pode o acórdão, sem recurso da acusação, revogar esse direito, exceto se sobrevier motivo a indicar a necessidade da medida -- o que implicará, obrigatoriamente, na fundamentação do decreto prisional.

O efeito meramente devolutivo dos recursos em questão não obstaculiza a autoridade judiciária de condicionar a eficácia da própria decisão ao seu trânsito em julgado. Entender o contrário, é suprimir a liberdade de convicção e decisão judiciais, transformando o juiz em um verdadeiro autômato -- o que, parece-me, não se harmoniza com o conjunto de princípios e regras que regem o Estado Democrático de Direito. No contexto de um ordenamento penal que se orienta pela máxima presunção da inocência, não pode a lei impedir que o Juiz decida em favor da liberdade, se ausente motivo outro -- que não o trânsito em julgado da condenação -- que justifique a custódia antecipada.

Além disso, ressalte-se que os recursos extraordinário e especial não se limitam à matéria penal.

O artigo 27, § 2º, da Lei n. 8.038/90 se refere àqueles recursos de forma genérica, abrangendo, portanto, matéria extrapenal. Não pode ser interpretado como se dispusesse especificamente contra a liberdade na fase recursal extraordinária ou especial; não possui a especificidade que lhe vem sendo emprestada no âmbito das liberdades individuais.

Intentar extrair desse dispositivo, que rege amplamente recursos em matéria civil, tributária, eleitoral e outras, além da matéria penal, a regra inequívoca de que a prisão é efeito automático do acórdão condenatório é dizer mais, é avançar sobremaneira o que verdadeiramente pretendeu a lei.

Ao contrário, a interpretação sistemática do ordenamento penal brasileiro, desde o nível constitucional, desautoriza completamente esse entendimento -- se a lei não exige prisão para o ingresso na Revisão Criminal, quando a condenação já se tornou definitiva, como pretender-se que a prisão seja condição obrigatória para o conhecimento do recurso, se nem sequer houve trânsito em julgado da sentença penal condenatória?

A ordem de prender, que fora condicionada pelo Juiz sentenciante ao trânsito em julgado da sentença, além de constituir *reformatio in pejus*, não poderia ser expedida pela Corte Estadual, à míngua de motivos determinantes quanto à sua necessidade, sem se converter em inequívoco prejuízo para o condenado.

Conclui-se, portanto, ser a prisão ora decretada, de cunho cautelar, sujeita às hipóteses do art. 312 do CPP.

Aliás, extrai-se da decisão combatida que o Tribunal catarinense absteve-se de fundamentar a decisão decretadora da constrição do Paciente.

Ateve-se a, genericamente, noticiar a existência de julgados do Supremo Tribunal Federal e verbete sumular do Superior Tribunal de Justiça.

Em comunhão com o princípio constitucional da presunção de inocência (art. 5º, LVII, CF/88) e a garantia de fundamentação das decisões judiciais (art. 5º, LXI e 93, IX, CF/88), a prisão cautelar só pode provir do efetivo *periculum libertatis* consignado em um dos motivos da prisão preventiva, quais sejam, a garantia da ordem pública ou econômica, a conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal. O que não se afigura cabível na hipótese vertente.

Dessa feita, para atender à determinação constitucional de fundamentação dos atos decisórios, os acontecimentos, casos proporcionados pelo indiciado ou réu, devem ser realçados -- e não conjecturados -- pelo magistrado, como forma de demonstrar o caráter de imprescindibilidade da prisão, legitimando-a.

Há que se ter em mente, portanto, que o decreto prisional deve vir acompanhado da demonstração da presença de quaisquer dos motivos autorizadores da constrição, de modo a estabelecer a obrigatoriedade da submissão do acusado à prisão caso deseje manejar recurso pertinente, sob pena de configurar verdadeiro cerceamento de defesa.

Registre-se, pois, que não basta o magistrado, para decretar o encarceramento provisório, apontar, de forma genérica e sem fundamentação concreta, textos legais impeditivos do direito ambulatório do acusado, afigurando-se ilegal basear o decreto prisional nos eventuais efeitos recursais dos apelos extraordinários.

Posto isso, por identificar ilegal coação ao direito de ir e vir, concedo a ordem, para que seja recolhido o mandado de prisão expedido contra o paciente, restabelecendo-se a validade e eficácia da sentença, no pertinente à concessão ao condenado do direito de aguardar, em liberdade, o trânsito em julgado da condenação.

RECURSOS ORDINÁRIOS EM MANDADO DE SEGURANÇA

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 11.771/SC (2000/0024362-0)

Relator: Min. Paulo Gallotti

Recorrente: Mário Lange de S. Thiago

Advogado: Dr. Sebastião da Silva Porto

Origem: Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina

Impetrados: Secretário de Planejamento e Fazenda do Estado de Santa Catarina e outro

Recorrido: Estado de Santa Catarina

Procuradores: Drs. Cláudio Zoch de Moura e outros

Ementa

Recurso ordinário em mandado de segurança. Natureza similar ao recurso de apelação. Matéria de ordem pública. Decretação de ofício. Possibilidade. Ilegitimidade passiva ad causam *do Secretário de Estado do Planejamento e Fazenda. Ipesc. Autarquia estadual. Personalidade própria.*

1. Tendo em conta a devolutividade do recurso ordinário em mandado de segurança, cujo paradigma é a apelação, pode o Superior Tribunal de Justiça conhecer toda a matéria alegada na impetração, mesmo que não tenha sido apreciada pelo Tribunal de origem, principalmente aquela de ordem pública, que deve ser examinada de ofício, a qualquer tempo.

2. Cabendo, com exclusividade, ao Instituto de Pensão do Estado de Santa Catarina -- Ipesc, autarquia de previdência e assistência social, com personalidade

jurídica própria que goza de autonomia administrativa e financeira, manter a aposentadoria do impetrante, não há, quanto a esta obrigação, solidariedade do Estado, restando caracterizada a ilegitimidade passiva do Secretário de Estado do Planejamento e Fazenda do Estado de Santa Catarina.

3. Diante da exclusão da relação processual da autoridade declarada ilegítima para figurar no pólo passivo da ação mandamental, resta manifesta a incompetência do Tribunal de Justiça Estadual para processar e julgar mandado de segurança contra ato do Presidente do Instituto de Previdência do Estado de Santa Catarina.

4. Recurso parcialmente provido para, de ofício, anular o acórdão impugnado e determinar a remessa dos autos ao Juízo de primeiro grau competente para o julgamento do mandamus.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Min. Paulo Medina e Hamilton Carvalhido votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Min. Hamilton Carvalhido.

Brasília (DF), 10 de fevereiro de 2004.

Min. Paulo Gallotti,

Relator.

Relatório

O Senhor Ministro Paulo Gallotti:

Trata-se de recurso ordinário em mandado de segurança interposto contra acórdão do Primeiro Grupo de Câmaras do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.

Para melhor compreensão da controvérsia, transcrevo o relato do referido julgado:

"Mário Lange de S. Thiago impetrou mandado de segurança contra o Sr. Secretário de Estado do Planejamento e Fazenda de Santa Catarina e o Sr. Diretor Presidente do Instituto de Previdência do Estado de Santa Catarina -- Ipesc, expondo, em síntese, ter agregado benefício financeiro referente a 100% da diferença entre o vencimento do seu cargo efetivo de advogado e o cargo comissionado de Secretário Adjunto, do quadro de Pessoal Geral do Poder Executivo.

"Anotou que, quando da edição da Lei n. 8.240/91, foi mantida inalterada a nomenclatura do cargo comissionado que exerceu, mantendo assegurada a percepção do benefício; porém, com a entrada em vigor da Lei Complementar n. 43/92, a nomenclatura do benefício que percebia foi alterada, congelando seus valores, embora agregado o benefício aos proventos da aposentadoria.

"Enfatizou que, a partir do mês de julho de 1993, o Ipesc só pagou-lhe, a título de diferenças entre os vencimentos de seu cargo efetivo e o cargo comissionado de Secretário Adjunto, a importância de Cr$ 11.542.797,73, deixando de pagar-lhe o valor exato de Cr$ 51.894.445,00, já descontadas as vantagens pessoais.

"Pugnou, assim, pela diferença vencimental apontada, sob pena de ofensa ao direito líquido e certo, posto que, constituindo-se a agregação em direito adquirido, não podem os valores da mesma ou parcela desses valores ser suprimida de seus vencimentos.

"Requereu a concessão liminar do pedido e sua confirmação quando do julgamento derradeiro. Notificadas, as autoridades coatoras vieram ao feito trazendo suas informações.

"O Sr. Presidente do Ipesc, em preliminar, sustentou a índole controvertida da matéria e a necessidade de sua dilação probatória, enfatizando a impossibilidade da concessão de liminar, pena de vulneração do art. 1º, § 4º, da Lei n. 5.021/66.

"Adentrando no mérito, apontou que o impetrante não faz jus ao pedido, eis que inativado aos 30 anos de serviço, sendo sua aposentadoria proporcional, conforme portaria juntada.

"Invocando o art. 1º da LC n. 043/92, aduziu que o postulante não faz jus ao vencimento de Secretário Adjunto, sob pena de ser desrespeitada a limitação de 80% do Secretário de Estado.

"Pugnou pela denegação da ordem.

"O Secretário de Estado do Planejamento e Fazenda argüiu, de início, a sua ilegitimidade passiva

ad causam, uma vez que somente o Ipesc, por seu representante legal, tem condições de corrigir o ato acoimado de ilegal, pois, sendo uma autarquia estadual com personalidade jurídica e patrimônio próprios, é responsável por seus segurados e terceiros, invocando, mais, a inconstitucionalidade do instituto da agregação, posto incidir ele em afronta ao art. 37, XI, XII e XIII, da CF.

"No mérito, ponderou que, com a edição da LC n. 43/92, evitou-se o reajuste automático dos proventos do impetrante e daqueles que tiveram vantagens incorporadas ao vencimento pela agregação toda vez que houvesse aumento de remuneração relativa à função ou ao cargo comissionado; disse que o comando legal supracitado alterou o critério anteriormente adotado, determinando que os aumentos, após sua vigência, passassem a incidir apenas quando o reajuste disseram respeito ao cargo efetivo e não mais quanto ao cargo agregado.

"A liminar foi deferida à fl. 66.

"Na condição de litisconsorte passivo necessário, o Estado de Santa Catarina interveio no feito, invocando a Lei n. 4.348/64, quanto à não-concessão da liminar pugnada, argumentando, a par disso, que o pedido inserto no *mandamus* é impossível, eis que a pretensão esposada esbarra com os ditames da LC n. 43/92, que veda a vinculação de vencimentos.

"A douta Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pelo acolhimento da preliminar de ilegitimidade passiva do Secretário de Estado do Planejamento e Fazenda, e pela exclusão do Estado como litisconsorte passivo necessário, com a remessa do feito à Vara dos Feitos da Fazenda Pública da Comarca da Capital.

"No mérito, opinou pela concessão da ordem, confirmando-se a liminar exarada" (fls. 157 a 159).

A segurança foi denegada, guardando o acórdão a seguinte ementa:

"Mandado de segurança. Agregação. LC n. 43/92. Forma de cálculo. Pretensão à majoração decorrente do aumento dos vencimentos do cargo comissionado do qual resultou a agregação. Inexistência de direito líquido e certo. Segurança negada.

"I -- Com o advento da Lei Complementar n. 43/92, os valores resultantes da agregação foram transformados na denominada vantagem nominalmente identificável, com o completo desatrelamento da vantagem do cargo comissionado ou de função gratificada que fez surgir o direito à percepção, determinando que, a partir de então, o reajuste de tal parcela observasse os critérios utilizados para revisão geral da remuneração do funcionalismo.

"II -- Assim, à vista do mesmo diploma, o cálculo das vantagens correspondentes à denominada 'agregação' está totalmente desvinculado do cargo de provimento comissionado ou de função gratificada fomentadores da vantagem.

"III -- Existente modificação no regime jurídico pertinente ao cálculo de determinada vantagem funcional, há que ser essa alteração obedecida, sem que possa o servidor invocar qualquer direito adquirido, já que este diz respeito, apenas e com exclusividade, à vantagem em si e não, de modo algum, à sua forma de cálculo" (fl. 156).

Irresignado, o impetrante manejou o presente recurso ordinário, com arrimo no art. 105, II, alínea *b*, da Constituição Federal, no qual, repisando os fundamentos da impetração, pugna pela reforma do julgado e a concessão da segurança.

Contra-razões às fls. 189 a 206.

A Subprocuradoria-Geral da República recomendou o improvimento do inconformismo.

Voto

O Sr. Min. Paulo Gallotti (Relator):

Tendo em conta a devolutividade do recurso ordinário em mandado de segurança, cujo paradigma é a apelação, pode o Superior Tribunal de Justiça conhecer toda a matéria alegada na impetração, mesmo que não tenha sido enfrentada pelo Tribunal de origem, principalmente quando se tratar de questão de ordem pública, que deve ser apreciada de ofício, a qualquer tempo.

Vejam-se, no que interessa, os precedentes desta Corte:

A -- "Agravo interno. Recurso ordinário em mandado de segurança. Natureza. Matéria de ordem pública. Fixação do marco inicial para impetração do *writ*. Reconhecimento da decadência. Art. 18 da Lei n. 1.533/51. Ato de efeitos concretos. Ciência inequívoca dos efeitos produzidos. Pedido de reconsideração. Aplicação da Súmula 430/STF. Exigência de prova pré-constituída. Precedentes.

"I -- O recurso ordinário em mandado de segurança é apelo que possui natureza similar à apelação, devolvendo ao Tribunal o conhecimento de toda a matéria alegada na impetração, independentemente de eventual análise pelo Tribunal de origem, principalmente quando se tratar de matéria de ordem pública, que pode ser reconhecida a qualquer tempo. Precedentes.

"II -- Conforme reiterada jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, o prazo decadencial

para impetração do mandado de segurança é de 120 (cento e vinte) dias, contados a partir da efetiva constrição ao pretenso direito líquido e certo invocado, não tendo o pedido de reconsideração protocolado na esfera administrativa o condão de suspender ou interromper esse lapso. Aplicação da Súmula 430/STF. Precedentes.

"III -- Consoante entendimento desta Corte, o mandado de segurança é ação constitucionalizada instituída para proteger direito líquido e certo, sempre que alguém sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por ilegalidade ou abuso de poder, exigindo-se prova pré-constituída como condição essencial à verificação da pretensa ilegalidade, sendo a dilação probatória incompatível com a natureza da ação mandamental.

"IV -- Agravo interno desprovido" (AgRg no Recurso Ordinário em MS n. 12.415/RJ, relator o Min. Gilson Dipp, DJU de 23-9-2002).

B -- "Processual civil. Princípio da correlação entre o pedido e a decisão (arts. 128 e 460 do CPC). Inobservância. Acórdão *extra petita* . Nulidade. Questão de ordem pública. Decretação de ofício: possibilidade, tendo em vista a ampla devolutividade do recurso ordinário em mandado de segurança. Precedentes. Recurso provido.

"I -- Decreta-se de ofício, em grau de recurso ordinário em mandado de segurança, a nulidade de acórdão *extra petita*, pois, tratando-se de questão de ordem pública, deve ser conhecida na ampla devolutividade do recurso ordinário constitucional, independentemente de pedido da parte.

"II -- Precedentes do STJ: REsp. n. 2.299/RJ, 29.038/RS e 44.266/MG.

"III -- Recurso ordinário provido para cassar o acórdão recorrido a fim de que o tribunal *a quo* profira novo julgamento" (RMS n. 4.900/SE, relator o Min. Adhemar Maciel , DJU de 24-6-1996).

Assim, passo ao exame da ilegitimidade passiva do Secretário de Estado do Planejamento e Fazenda, uma das autoridades apontadas como coatora.

Como visto, versa a hipótese sobre mandado de segurança impetrado por servidor aposentado do Estado de Santa Catarina objetivando receber seus proventos da forma como vinha percebendo anteriormente ao advento da Lei Complementar n. 43/92.

Como bem observou o representante do *Parquet* estadual, "cabe, única e exclusivamente, ao Ipesc manter a aposentadoria do autor do *writ*, não havendo, quanto a esta obrigação, solidariedade do Estado" (fl. 104).

Com efeito, o Instituto de Previdência do Estado de Santa Catarina -- Ipesc, criado pela Lei n. 3.138/62, autarquia de previdência e assistência social, com personalidade jurídica própria, goza de autonomia administrativa e financeira, sendo parte legítima para figurar no pólo passivo de mandado de segurança ajuizado por servidor estadual.

Nesse sentido a iterativa jurisprudência desta Corte:

A -- "Processo civil. Mandado de segurança. Ilegitimidade passiva *ad causam*. Secretário de Estado de Santa Catarina -- Ipesc.

"1 -- O Instituto de Previdência do Estado de Santa Catarina -- Ipesc tem personalidade jurídica própria e capacidade processual, conferidas quando de sua criação pela Lei Estadual n. 3.138/62, na qualidade de autarquia dotada de autonomia administrativa, econômica e financeira, não havendo falar em legitimidade passiva *ad causam* do Secretário de Estado na presente impetração.

"2 -- Recurso especial conhecido e provido" (REsp n. 295.997/SC, relator o Min. Fernando Gonçalves , DJU de 4-6-2001).

B – "Processo civil -- Administrativo – Recurso especial -- Mandado de segurança – Servidores públicos estaduais -- Pensionistas -- Ipesc -- Autarquia -- Ilegitimidade passiva *ad causam* do Sr. Secretário de Estado da Administração -- Parág. 1º do art. 1º da Lei n. 1.533/51 c/c arts. 3º e 267, VI, ambos do CPC – Prequestionamento implícito -- Conhecimento -- Dissídio pretoriano não comprovado".

3 -- O Instituto de Previdência do Estado de Santa Catarina -- Ipesc, sendo uma autarquia, pessoa jurídica de direito público, autônoma e independente, tem capacidade processual para praticar atos processuais e ser parte nos processos. A capacidade processual é pressuposto de existência do processo e significa ter aptidão para realizar tais atos (*legitimatio ad causam*).

Outrossim, a Lei Estadual n. 3.138/62 criou mencionado Instituto, dotando-o de autonomia administrativa e financeira, não havendo porque se falar na legitimidade passiva *ad causam* do Sr. Secretário de Estado da Administração.

Inteligência dos arts. 3º e 267, VI, ambos do CPC, c/c o § 1º do art. 1º da Lei n. 1.533/51.

4 -- Precedentes (REsp. n. 198.988/SC, 225.460/SC e 197.797/SC) (REsp. n. 238.626/SC, relator o Min. Jorge Scartezzini, DJU de 5-3-2001).

Reconheço, pois, de ofício, a ilegitimidade do Secretário de Estado do Planejamento e Fazenda do Estado de Santa Catarina para figurar

no pólo passivo da presente ação mandamental.

Diante da exclusão da relação processual dessa autoridade apontada como coatora, resta manifesta a incompetência do Tribunal de Justiça Estadual para processar e julgar mandado de segurança contra ato do Presidente do Instituto de Previdência do Estado de Santa Catarina.

Ante o exposto, dou parcial provimento ao recurso para, de ofício, anular o acórdão recorrido e determinar a remessa dos autos ao Juízo de primeiro grau competente para o julgamento do *writ*.

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 13.477/SC (2001/0096501-0)

Relator: Ministro Paulo Gallotti

Recorrentes: Vanda Noldin Miroski e outros

Advogados: Drs. Ana Cristina Ferro Blasi e outros

Origem: Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina

Impetrados: Secretário de Fazenda do Estado de Santa Catarina e Secretário de Administração do Estado de Santa Catarina

Recorrido: Estado de Santa Catarina

Procuradores: Drs. Osmar José Nora e outros

Ementa

Recurso ordinário em mandado de segurança. Constitucional. Teto remuneratório dos servidores públicos do Estado de Santa Catarina. Base de cálculo. Exclusão das vantagens de caráter pessoal. Inexistência de violação de direito líquido e certo.

1. O Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que, ainda que pacificada a controvérsia de que as vantagens de caráter pessoal não estão sujeitas ao

teto remuneratório, sua base de cálculo deverá observar aquele limite.

2. Se o valor excedente ao teto não pode ser percebido em razão do limite estabelecido na lei, não parece razoável que ele seja utilizado como referência na estipulação da remuneração dos servidores.

3. Precedentes.

4. Recurso a que se nega provimento.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro relator.

Os Srs. Min. Paulo Medina e Fontes de Alencar votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Hamilton Carvalhido.

Brasília (DF), 2 de dezembro de 2003.

Min. Paulo Gallotti,

Presidente e Relator.

Relatório

O Senhor Ministro Paulo Gallotti:

Cuida-se de recurso ordinário em mandado de segurança, com fundamento no artigo 105, II, *b*, da Constituição Federal, interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina assim ementado:

"Mandado de segurança. Teto de vencimentos. Decreto Governamental n. 8.666, de 9-5-96, Lei Complementar n. 100, de 30-11-1993. Base na remuneração de Secretário de Estado – Fixação em percentual de 100%. Impossibilidade de invocação do princípio da irredutibilidade de vencimentos. Princípio da supremacia do interesse público. Denegação do *writ*.

"Existindo conflito entre a norma constitucional que determina seja observada a irredutibilidade de vencimentos e norma constitucional que estipule deva ser observado um limite máximo no pagamento dos vencimentos a qualquer título, entende-se deva prevalecer esta última, em razão de, no caso, ligar-se mais intimamente ao interesse público, que, por todas as razões óbvias, devem estar acima dos interesses individuais" (fl. 97).

Sustentam os recorrentes, em síntese, que, por se tratar de vantagem de caráter pessoal, o adicional por tempo de serviço não está limitado ao teto constitucional de remuneração, devendo seu cálculo ter como base o total de vencimentos do servidor.

Voto

O Senhor Ministro Paulo Gallotti (Relator):

O inconformismo não merece acolhimento.

O acórdão recorrido decidiu em sintonia com o entendimento desta Corte de que, mesmo sendo certo que as vantagens de caráter pessoal não estão sujeitas ao teto remuneratório, sua base de cálculo deverá observar o limite constitucional.

Vejam-se os precedentes:

A -- "Recurso em mandado de segurança. Vantagem pessoal. Teto. Base de cálculo.

"-- Conquanto se saiba, nos termos de pacífica orientação do colendo Supremo Tribunal Federal, não estarem as vantagens de caráter pessoal sujeitas ao teto remuneratório, o mesmo não se pode afirmar a respeito da sua base de cálculo.

"-- Recurso desprovido" (ROMS n. 11.772/SC, relator o Min. Felix Fischer, DJU de 19-3-2001).

B -- "Constitucional. Administrativo. Teto remuneratório. Vantagens excluídas.

"1. O acréscimo relativo ao adicional por tempo de serviço não se submete a limite remuneratório (teto); por se caracterizar como vantagem de caráter individual (§ 1º do artigo 39 da Constituição Federal). Sua base de cálculo, no entanto, está subordinada àquele teto.

"2. RMS improvido" (RMS n. 7.780/SC, relator o Min. Fernando Gonçalves , DJU de 5-5-97).

Referida compreensão não viola o direito dos recorrentes, resultando de expressa determinação da Carta Magna, que, em providência de caráter moralizador, visando a coibir reiterada prática de abusos, limitou os vencimentos do servidor público.

Interpretando essa regra, o Supremo Tribunal Federal assentou

que as vantagens pessoais integrantes da remuneração do funcionário não eram atingidas pelo chamado teto, podendo, pois, ultrapassá-lo.

Em Santa Catarina, como se recolhe dos autos, o aludido teto, no Poder Executivo, por disposição legal, corresponde ao vencimento do Secretário de Estado, que passa, assim, a ser a base de cálculo para as demais parcelas da remuneração dos servidores do Poder Executivo, inclusive do adicional por tempo de serviço.

Se é certo que a instituição desse teto, decorrente de princípio constitucional, não ofende qualquer direito dos recorrentes -- que, aliás, não se insurgem contra ele -- não há razão para que se pretenda considerar o valor que o ultrapasse também como base de cálculo ou vantagem pessoal, no caso o adicional por tempo de serviço.

Se o valor excedente ao teto não pode ser percebido em razão do limite estabelecido na lei, não parece razoável que ele seja utilizado como referência na estipulação da remuneração dos servidores.

Não se trata, pois, de desrespeito à mencionada orientação do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual as vantagens pessoais não são atingidas pelo teto, na medida em que só se está cuidando da base de seu cálculo.

Com estas considerações, nego provimento ao presente recurso ordinário.

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 20.401/SC (2005/0119458-0)

Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima

Recorrente: Wilson Jesus da Cunha Silveira

Advogados: Drs. Altair da Silva Cascaes Sobrinho e outro

Origem: Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina

Impetrado: Secretário de Justiça e Administração do Estado de Santa Catarina

Recorrido: Estado de Santa Catarina

Procuradores: Drs. Naldi Otávio Teixeira e outros

Ementa

Administrativo. Servidor público do Estado de Santa Catarina. Lei Complementar Estadual n. 43/92 e Lei Estadual n. 8.240/91. Correlação entre o cargo em comissão extinto e o novo. Ausência de prova pré-constituída. Dilação probatória. Inviabilidade do mandado de segurança. Recurso ordinário conhecido e improvido.

1. A análise acerca da alegada correlação entre os cargos extintos e os criados pela Lei Complementar n. 43/92 e pela Lei n. 8.240/91, que alteraram a estrutura administrativa do Estado de Santa Catarina, por demandar ampla dilação probatória, é inviável em sede de mandado de segurança. Precedentes.

2. Recurso ordinário conhecido e improvido.

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, negar provimento ao recurso. Os Srs. Min. Felix Fischer, Gilson Dipp e Laurita Vaz votaram com o Sr. Min. Relator.

Brasília (DF), 17 de novembro de 2005.

Min. Arnaldo Esteves Lima,

Relator.

Relatório

O Senhor Ministro Arnaldo Esteves Lima:

Trata-se de recurso ordinário em mandado de segurança interposto por Wilson Jesus da Cunha Silveira, com fundamento no art. 105, II, *b,* da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça

do Estado de Santa Catarina assim ementado (fl. 177):

"Mandado de segurança – Servidor público estadual detentor do instituto da estabilidade financeira – Correlação entre funções gratificadas anteriormente exercidas e cargo comissionado na nova estrutura administrativa – Reconhecimento não identificável de plano, mas dependente de produção de provas inviável na estreita via da ação mandamental – Direito líquido e certo não comprovado – Ordem denegada".

O recorrente, servidor público estadual, impetrou o presente mandado de segurança objetivando a desconstituição do ato que, aplicando as disposições contidas na Lei Complementar Estadual n. 43/92, a qual fixou o teto remuneratório dos servidores em 80% do vencimento do Secretário de Estado e atrelou a alteração de seus vencimentos às modificações ocorridas nos cargos da nova estrutura administrativa, teria reduzido, de forma inconstitucional, seus vencimentos. Afirma que havia incorporado 100% do valor da extinta função gratificada DAI-4, que, pelas peculiaridades e atribuições do cargo, seria o equivalente ao valor do cargo em comissão DGS-2, criado pela Lei Estadual n. 8.240/91, de modo que teria direito líquido e certo a perceber o valor referente a tal cargo.

No presente recurso ordinário, o recorrente sustenta que (a) é inconstitucional a redução salarial que lhe foi imposta com o advento da Lei Estadual n. 8.240/91; (b) a referida lei não alterou o regime jurídico do servidor, apenas deu nova denominação aos cargos de confiança; e (c) é desnecessária demonstração de correlação de atribuições entre os cargos, pois encontra-se disposta na lei.

O Estado de Santa Catarina apresentou contra-razões (fls. 238 a 242). Sustenta que é manifesta a ausência de correlação entre os cargos em comissão da estrutura administrativa anterior e a atual, uma vez que "Foram sete mil os cargos comissionados, de nível superior, médio e intermediário extintos, e criados apenas dois mil e setecentos de nível superior" (fl. 240). Assim, alega ser inviável o presente mandado de segurança, pois seria necessária ampla dilação probatória a fim de se estabelecer correlação entre os cargos extintos e os criados pela nova legislação estadual.

O Ministério Público Federal, pelo Subprocurador-Geral da República Wallace de Oliveira Bastos, opina pelo não-provimento do recurso ordinário (fls. 258 a 264).

Ementa

Administrativo. Servidor público do Estado de Santa Catarina. Lei Complementar Estadual n. 43/92

e Lei Estadual n. 8.240/91. Correlação entre o cargo em comissão extinto e o novo. Ausência de prova pré-constituída. Dilação probatória. Inviabilidade do mandado de segurança. Recurso ordinário conhecido e improvido.

1. A análise acerca da alegada correlação entre os cargos extintos e os criados pela Lei Complementar n. 43/92 e pela Lei n. 8.240/91, que alteraram a estrutura administrativa do Estado de Santa Catarina, por demandar ampla dilação probatória, é inviável em sede de mandado de segurança.

Precedentes.

2. Recurso ordinário conhecido e improvido.

Voto

O Senhor Ministro Arnaldo Esteves Lima (Relator):

A pretensão do embargante, consistente em perceber o valor equivalente à função comissionada DGS-2, criada em decorrência da Lei Complementar n. 43/92 e da Lei n. 8.240/91, que alteraram a estrutura administrativa do Estado de Santa Catarina, e que, segundo ele, seria equivalente à função comissionada que exercia anteriormente (DAI-4) e que foi extinta pelas referidas leis, foi negada ao argumento de que "no caso não há como, sem produção de melhor prova, fazer essa correlação entre os níveis do cargo que o impetrante exercia anteriormente com os atuais, porque completamente diferentes as nomenclaturas, sem essa correspondência evidente entre as atividades atribuídas a um e outro" (fl. 181).

O Superior Tribunal de Justiça já teve a oportunidade de se manifestar em casos idênticos ao dos autos, tendo firmado o entendimento no sentido de que a análise acerca da alegada correlação entre os cargos extintos e os criados pela Lei Complementar n. 43/92 e pela Lei n. 8.240/91 demandaria ampla dilação probatória, o que é inviável em sede de mandado de segurança.

Nesse sentido:

"Recurso ordinário em mandado de segurança. Administrativo. Estabilidade financeira. Lei n. 8.240/91. Correlação de funções. Inadequação da via. Utilização como base de cálculo para a gratificação por atividades fazendárias. *Bis in idem*.

"1. Resta incontroverso em todo constructo doutrinário e jurisprudencial que o *mandamus* não admite dilação probatória, daí por que a prova do alegado direito líqüido e certo deve ser pré-constituída.

"2. A Lei Estadual n. 8.240/91 modificou a estrutura administrativa

do Estado, criando novos cargos comissionados, ao tempo em que extinguiu os existentes, sem, entretanto, estabelecer qualquer linha de correlação entre a anterior e a nova situação.

"3. Impossível estabelecer a correlação entre as vantagens agregadas em razão de exercício anterior de cargos em comissão e funções gratificadas e os novos cargos comissionados, criados pela Lei Estadual n. 8.240/91, em sede de mandado de segurança, cuja estreita via não permite dilação probatória, no sentido de se fixar similitude entre funções públicas.

"4. Em não havendo a correlação sido fixada pela Lei n. 8.240/91, nem por qualquer outro diploma legal aplicável, o acolhimento da pretensão resultaria na concessão de aumento pelo Poder Judiciário, a título de isonomia, vedado no Enunciado n. 339 da Súmula do Supremo Tribunal Federal.

"8. Recurso improvido" (RMS n. 11.713/SC, rel. Min. Hamilton Carvalhido, Sexta Turma, DJ 9-2-2004, p. 208).

"Administrativo -- Recurso ordinário em mandado de segurança -- Servidor público estadual – Direito adquirido a regime jurídico -- Inexistência – Correlação entre cargo em comissão extinto e novo -- Impossibilidade, na via eleita -- Ausência de direito líquido e certo.

"1 -- Falece ao recorrente o direito de ter o valor de sua gratificação automaticamente reajustado de acordo com o cargo comissionado criado, cujas funções supostamente correspondam às do cargo extinto, em razão de modificação no regime jurídico a que estava submetido. Não há direito adquirido a regime jurídico. Ausência de liquidez e certeza a amparar a pretensão.

"2 -- Na via processual constitucional do mandado de segurança, a liquidez e a certeza do direito devem vir demonstradas *initio litis*. Não comporta a análise da existência de correlação (não disciplinada por lei) entre o cargo em comissão do tipo PE-DASI e os do tipo AD-DGS 1, 2 e 3, porquanto é necessário dilação probatória eficaz, possível somente na via ordinária.

"3 -- Precedentes (ROMS n. 6.699/SC e 7.150/SC).

"4 -- Recurso conhecido, porém, desprovido" (RMS n. 14.338/SC, rel. Min. Jorge Scartezzini, Quinta Turma, DJ 19-12-2003, p. 499).

"RMS -- Administrativo e processual civil – Servidor público do Estado de Santa Catarina -- Correlação de cargos extintos e novos -- Lei n. 8.240/91 e LC n. 43/92 --

Inadequação da via eleita - Ausência de prova pré-constituída.

"I -- A Lei n. 1.533/51 estatui que o rito do mandado de segurança é sumário especial, por se tratar de ação distinta das demais preconizadas no ordenamento processual civil. O seu escopo é a proteção de direito líquido e certo, que necessita vir claramente violado, sendo totalmente inconcebível, na via eleita, a apresentação e enfrentamento de cálculos.

"Evidenciada a inadequação da ação, impõe-se extinguir o feito, ficando facultado ao autor vindicar seu direito subjetivo por outras vias.

"II -- No caso em espeque, para a eventual análise do direito pleiteado pelo recorrente, será necessária análise da correlação entre os cargos do tipo PE-DASU e PE-DASI com o tipo AD-DGS, sendo que a Lei Complementar n. 83/93 não disciplinou a correlação. O mandado de segurança, instrumento eficaz para resguardar direito líquido e certo, exige prova pré-constituída, sendo a dilação probatória incompatível com a natureza da ação mandamental.

"Precedentes: RMSs 7.150/SC e 6.898-SC.

"III -- Recurso conhecido, mas desprovido" (RMS n. 6.699/SC, rel. Min. Gilson Dipp, Quinta Turma, DJ 4-2-2002, p. 413).

Ante o exposto, conheço do recurso ordinário e nego-lhe provimento.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA

TRIBUNAL PLENO

MANDADO DE SEGURANÇA

MANDADO DE SEGURANÇA N. 2004.002467-3, DA CAPITAL

Relator: Des. Gaspar Rubik

Administrativo e constitucional – Distribuidor judicial – Titular da serventia por delegação ocorrida em 1960, que não optou pelo cargo público de agente judiciário – Direito adquirido à permanência na situação jurídica expresso no art. 206, incluído na constituição de 1967 pela Emenda n. 7 de 13-4-77, e no art. 31 do ato das disposições constitucionais transitórias da Carta Política de 1988 – Aposentadoria compulsória inaplicável aos agentes políticos que não se incluem na categoria de servidores públicos – Exegese do disposto no art. 40 da Constituição da República, com a redação que lhe foi conferida pelas Emendas Constitucionais n. 20/98 e 41/03 – Direito líquido e certo patenteado – Segurança concedida.

"A preocupação do constituinte em preservar os direitos adquiridos em razão do regime anterior é novamente acentuada no art. 31, visto que, mesmo depois da estatização das serventias do foro judicial, nos termos da legislação nova, os direitos pretéritos apenas desaparecerão com a morte dos beneficiários das serventias criadas

nos moldes do regime anterior" (MARTINS, Ives Gandra da Silva. Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva. 1998. v. 9, p. 301).

"Os notários enquadrados no art. 236, em virtude de atuarem em caráter privado, não integram sequer a estrutura do Estado. Atuam em recinto particular, contando com os serviços de pessoas que também não têm a qualidade de servidor e que auferem salário em face de relação jurídica que os aproximam, regida não pela lei disciplinadora do Regime Jurídico Único, mas pela Consolidação das Leis do Trabalho. Sim, os empregados do Cartório, do notário dele titular, tais como este, nada recebem dos cofres públicos, não passando pela cabeça de ninguém enquadrá-los, mesmo assim, como servidores e atribuir-lhes os direitos inerentes a esse status. *Contratante e contratados, consideradas as normas da Consolidação das Leis do Trabalho, são empregador e empregados. Como, então, sem desapego ao sistema decorrente da Carta Política da República, assentar, em detrimento da previsão do exercício da atividade em caráter privado, que os notários são servidores públicos e, por isso, somente por isso, estão enquadrados na previsão do inciso II do art. 40 nela contido, estando assim sujeitos a aposentadoria compulsória? E os proventos, como serão calculados?*

"Somente o misoneísmo, ou seja, o apego ao anteriormente estabelecido, sem perquirir-se as razões do novo enfoque, da realidade constitucional, é capaz de levar à conclusão de que nada mudou, persistindo, em que pese a referência ao caráter privado contido no art. 236, a delegação indispensável a ter-se o exercício sob tal modalidade, o passado, ou seja, os parâmetros próprios à delegação" (RTJ 162, p. 784-786)

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança n. 2004.002467-3, da comarca da Capital, em que é impetrante Celso Araújo e impetrado o Presidente do Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

ACORDAM, em Tribunal Pleno, por maioria de votos, conceder a segurança.

Custas legais.

Relatório

Celso Araujo, distribuidor judicial da comarca da Capital, impetrou mandado de segurança, com pedido de liminar, contra ato seu que taxou de ilegal e malferidor de direito líquido e certo, pelo qual o Desembargador Presidente deste Tribunal determinou, tendo em vista a proximidade da data em que completaria 70 anos, que fosse notificado para facilitar as providências necessárias ao redimensionamento da distribuição e entrega do respectivo material à equipe de implantação da estatização do ofício.

Afirmou, em síntese, que, desde a data em que tomou posse no cargo, o qual exerce até hoje, nunca recebeu nenhuma remuneração dos cofres públicos. Aduziu que, por não ter exercido o direito de opção pelo cargo público de agente judiciário, o que lhe era assegurado pela Lei Estadual n. 6.398/84, manteve-se como distribuidor judicial com atribuição de distribuir títulos para protesto na comarca da Capital, razão pela qual alegou não se incluir no conceito de funcionário público inserido no art. 40, § 1º, II, da Carta Magna, tendo suas atribuições regidas pela Lei Federal n. 8.935/94, a qual estabelece que a delegação aos titulares de cartórios extrajudiciais somente se extingue por morte, aposentadoria facultativa, invalidez, renúncia e perda; não lhe é aplicável, portanto, a regra da aposentadoria compulsória.

Relegada a apreciação da liminar para momento posterior à manifestação da autoridade apontada como coatora, essa, devidamente notificada, prestou suas informações, sustentando que, embora exerça o impetrante as funções de distribuidor judicial por força de delegação ocorrida em 1960, tal atividade é atualmente reservada ao Poder Judiciário pela sua natureza pública, razão pela qual qualifica-se como servidor público em sentido lato, sujeito aos ditames do art. 40, § 1º, II, da Constituição Federal.

Colacionando entendimentos dos tribunais superiores em abono a esse posicionamento, e argumentando que nem mesmo os magistrados, a quem a Carta Magna garante a vitaliciedade, são imunes às regras da aposentadoria compulsória, pugnou, por fim, pela denegação da segurança.

Concedida a liminar, a douta Procuradoria-Geral de Justiça, com vista dos autos o Dr. José Eduardo Orofino da Luz Fontes, opinou pela denegação da ordem.

Determinada a citação do Estado de Santa Catarina, na qualidade de litisconsorte passivo, esse veio aos autos a fim de sustentar a legalidade do ato acoimado de coator, por se estar diante de exercício de função pública em razão da qual recebe emolumentos e custas fixados em lei, e é remunerado, ainda que indiretamente, pelos cofres públicos, além de sujeitar-se, diante disso, ao regime constitucional de inativação por idade. Pugnou, ao final, pela revogação da medida liminar e pela denegação da segurança.

Novamente instada a se manifestar, a douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou, agora em parecer do Dr. Antenor Chinato Ribeiro, pela concessão da ordem.

A segurança, sem dúvida alguma, impõe-se concedida.

Voto

Com efeito, pois, segundo se apanha dos elementos trazidos aos autos, o impetrante efetivamente recebeu, em 1960, a delegação para exercer as funções de Distribuidor da comarca da Capital – já considerado auxiliar da Justiça pela Lei n. 634/52 que, à época, tratava da Organização Judiciária do Estado de Santa Catarina –, e não optou, como lhe permitia a Lei Estadual n. 6.398/84, pelo enquadramento na classe inicial da categoria funcional de Agente Judiciário, pois permaneceu, de acordo com o documento de fl. 15, emitido pelo setor competente desta Casa, no regime extraquadro, sem receber vencimentos ou proventos do Poder Judiciário, situação que, de outro lado, autoriza a concluir que permanece ele percebendo custas pelos atos praticados, o que só é permitido, por uma exegese do art. 10 da Lei supracitada, aos escrivães que não optaram pelo regime de oficialização.

Assim, ainda que o impetrante esteja incluído no gênero "agentes públicos", não se pode concebê-lo como servidor público. Servidor público, no dizer de Celso Antônio Bandeira de Mello, "como se pode depreender da Lei Maior, é a designação genérica ali utilizada para englobar, de modo abrangente, todos aqueles que mantêm vínculos de trabalho profissional com as entidades governamentais, integrados em cargos ou empregos da União, Estados, Distrito Federal, Municípios, respectivas autarquias e fundações de direito público. Em suma: são os que entretêm com o Estado e com as pessoas de direito público da administração indireta relação de trabalho de natureza profissional e caráter não eventual sob

vínculo de dependência" (Curso de Direito Administrativo. 11. ed., São Paulo: Malheiros, 1999. p. 179).

E essa relação de hierarquia e dependência não pode ser identificada no caso em tela. Amolda-se, na verdade, à categoria dos particulares em colaboração com a administração, "composta por sujeitos que, sem perderem sua qualidade de particulares – portanto, de pessoas alheias à intimidade do aparelho estatal (com exceção única dos recrutados para serviço militar) --, exercem função pública, ainda que às vezes apenas em caráter episódico" (*op. cit*., p. 180), dentre os quais o mencionado doutrinador inclui os delegados de função ou ofício público, "quais os titulares de serventias da justiça não oficializadas, como é o caso dos notários, e*x vi* do art. 236 da Constituição, e bem assim outros sujeitos que praticam, com o reconhecimento do Poder Público, certos atos dotados de força jurídica oficial, como ocorre com os diretores de Faculdades particulares reconhecidas" (p. 181).

Muito embora exerça o impetrante a função de distribuidor judicial, não referida expressamente pelo art. 236 da Constituição Federal como passível de delegação, a realidade é que ele a vem desempenhando dessa maneira desde que a recebeu, em 1960, sem que até hoje tenha ocorrido a oficialização, razão pela qual, assim como os notários e os registradores, não pode ser tomado como servidor público em sentido estrito, ainda que exerça função eminentemente pública e que atualmente, dado o silêncio da Constituição nesse sentido, não mais é delegável.

Nesse passo, conquanto tenha-se posicionado esta Corte, em passado não muito distante, pela imposição da aposentadoria compulsória, prevista no art. 40, § 1º, II, da Constituição da República, aos notários e registradores tão logo atingissem a idade limite de 70 anos, este entendimento vem sendo modificado (nesse sentido, consultar: Mandado de Segurança n. 2005.015589-8, da Capital, rel. Des. Salim Schead dos Santos, j. em 17-8-05; Mandado de Segurança n. 2005.017315-7, da Capital, rel. Des. Amaral e Silva, j. em 17-8-05), para adotar aquele externado pelo Superior Tribunal de Justiça e também Supremo Tribunal Federal, esse por ocasião do julgamento de medidas cautelares no sentido da inaplicabilidade de tal dispositivo a quem não se enquadre na categoria de servidor público em sentido estrito, como se vê:

"-- Ação direta de inconstitucionalidade. Provimento n. 055/2001 do Corregedor-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais.

"-- Pela redação dada pela Emenda Constitucional n. 20/98 ao artigo 40 e seu parágrafo 1º e inciso

II, da Carta Magna, a aposentadoria compulsória aos setenta anos só se aplica aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, tendo, sem dúvida, relevância jurídica a argüição de inconstitucionalidade do ato normativo em causa que é posterior a essa Emenda Constitucional sob o fundamento de que os notários e registradores, ainda que considerados servidores públicos em sentido amplo, não são, por exercerem suas atividades em caráter privado por delegação do Poder Público, titulares dos cargos efetivos acima referidos.

"-- Ocorrência quer do *periculum in mora*, quer da conveniência da Administração Pública, para a concessão da liminar requerida.

"Liminar deferida para suspender, *ex nunc*, a eficácia do Provimento n. 055/2001 da Corregedoria-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais até a decisão final desta ação direta (Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.602/MG, rel. Min. Moreira Alves, j. em 3-4-03).

Esse entendimento, na verdade, não constitui nenhuma novidade, porquanto já havia sido explanado em 1996, antes mesmo de a reforma definir com exatidão quais agentes públicos estavam sujeitos à aposentadoria compulsória, por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário n. 178.236-RJ, em que ficaram vencidos os Ministros Marco Aurélio, Francisco Rezek e Sepúlveda Pertence. Transcreve-se excerto do voto proferido, na oportunidade, pelo eminente Ministro Marco Aurélio:

"A Carta de 1969 continha, a meu ver, uma disciplina toda própria sobre o tema. Preceituava o art. 206:

"Art. 206. Ficam oficializadas as serventias do foro judicial e extrajudicial mediante remuneração de seus servidores exclusivamente pelos cofres públicos, ressalvada a situação dos atuais titulares, vitalícios ou nomeados em caráter efetivo – ou que tenham sido revertidos a titulares.

"Sob esse norte, o da oficialização das serventias, seguiam-se os parágrafos:

"§ 2º. Fica vedada, até a entrada em vigor da lei complementar a que alude o parágrafo anterior, qualquer nomeação em caráter efetivo para as serventias não remuneradas pelos cofres públicos.

"§ 3º. Enquanto não fixados pelos Estados e pelo Distrito Federal os vencimentos dos funcionários das mencionadas serventias, continuarão eles a perceber as custas e emolumentos estabelecidos nos respectivos regimentos.

"O art. 207 preceituava que as serventias extrajudiciais, respeitada a ressalva prevista no artigo anterior, seriam providas na forma da legislação dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, observado o critério da nomeação segundo a ordem de classificação obtida em concurso público de provas e títulos. O art. 208 cogitava do aproveitamento dos substitutos. Nota-se que a tônica, a regra era a oficialização dos cartórios, correndo à conta da exceção o caráter extrajudicial. Quanto a essa premissa, dúvidas não ocorrem.

"Pois bem, com a Carta de 1988, não houve a repetição dessa disciplina. Deu-se um tratamento todo próprio à questão. Mediante o preceito do art. 236, previu-se que os serviços notariais e de registro seriam exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público, e que a lei regularia as atividades, disciplinaria responsabilidades civil e criminal dos notários, dos oficiais de registro – que não é a responsabilidade do servidor em geral – e dos seus prepostos, e definiria a fiscalização dos atos desses delegados, não há a menor dúvida, pelo Poder Judiciário -- § 1º.

"O § 2º do art. 236 tem a seguinte redação:

"Lei federal estabelecerá normas gerais para fixação de emolumentos relativos aos atos praticados pelos serviços notariais e de registro".

"Segue-se a regência da arregimentação:

"§ 3º. O ingresso na atividade notarial e de registro depende de concurso público de provas e títulos, não se permitindo que qualquer serventia fique vaga, sem abertura de concurso de provimento ou de remoção, por mais de seis meses".

"Considerada, até mesmo, a regra do artigo 32 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que preceitua que 'o disposto no art. 236 não se aplica aos serviços notariais e de registro que já tenham sido oficializados pelo Poder Público – é uma situação diversa – respeitando-se o direito de seus servidores' –, entendo que houve uma modificação substancial a obstaculizar o enquadramento dos notários dos cartórios de que cuida o art. 236, como passíveis de virem a ser enquadrados no artigo 40, inciso II, da Constituição Federal.

"Não posso dizer que, na hipótese de delegação, aquele que a exerce, visando ao exercício de uma atividade que caberia de início ao Poder Público, é um servidor público. Concessionário não é servidor público, da mesma forma que um notário, se enquadrado no art. 236, porque simples delegado, não o é. Hely Lopes Meirelles ressalta que não se pode confundir os conceitos de concessionário e de servidor público. Por outro lado, é preciso perquirir

o alcance do art. 40 referido tendo em vista a seção em que está incluído, a Seção dos Servidores Públicos. As equiparações constitucionais vêm expressas, como é o caso da contemplada no § 6º do artigo 37, justamente quanto à responsabilidade das pessoas naturais e de direito privado que prestam, seja por concessão, delegação ou permissão, serviços públicos, quanto a danos causados por si e prepostos a particulares. Não se tem preceito algum que equipare o notário, que exerça a atividade em caráter privado, como está na cabeça do art. 236, com o serviço público. Ele não percebe dos cofres públicos. O ganho que aufere decorre da equação alusiva aos emolumentos cobrados segundo a lei federal prevista no § 2º do artigo em comento e às despesas resultantes da atividade, correndo à respectiva conta qualquer desequilíbrio negativo que venha a exsurgir. A doutrina brasileira, conforme ressaltado em memorial subscrito por Celso Antônio Bandeira de Mello, é uníssona [...].

"Daí Hely, o administrativista por todos sempre lembrado, haver consignado em 'Direito Administrativo', publicado pela Editora Revista dos Tribunais, 14ª edição, à página 71, que:

"Estes agentes não são servidores públicos, nem honoríficos, nem representantes do Estado; todavia, constituem uma categoria à parte de colaboradores do Poder Público. Nesta categoria se encontram os concessionários e permissionários de serviço público, os serventuários de ofícios e cartórios não estatizados, os leiloeiros, os tradutores e intérpretes públicos e demais pessoas que recebem designação para a prática de alguma atividade estatal ou serviço de interesse coletivo".

"Os notários enquadrados no art. 236, em virtude de atuarem em caráter privado, não integram sequer a estrutura do Estado. Atuam em recinto particular, contando com os serviços de pessoas que também não têm a qualidade de servidor e que auferem salário em face de relação jurídica que os aproximam, regida não pela lei disciplinadora do Regime Jurídico Único, mas pela Consolidação das Leis do Trabalho. Sim, os empregados do Cartório, do notário dele titular, tais como este, nada recebem dos cofres públicos, não passando pela cabeça de ninguém enquadrá-los, mesmo assim, como servidores e atribuir-lhes os direitos inerentes a esse *status*. Contratante e contratados, consideradas as normas da Consolidação das Leis do Trabalho, são empregador e empregados. Como, então, sem desapego ao sistema decorrente da Carta Política da República, assentar, em detrimento da previsão do exercício da atividade em caráter privado, que os notários são servidores públicos e, por isso, somente por isso, estão

enquadrados na previsão do inciso II do art. 40 nela contido, estando assim sujeitos à aposentadoria compulsória? E os proventos, como serão calculados?

"Somente o misoneísmo, ou seja, o apego ao anteriormente estabelecido, sem perquirir-se as razões do novo enfoque, da realidade constitucional, é capaz de levar à conclusão de que nada mudou, persistindo, em que pese a referência ao caráter privado contido no art. 236, a delegação indispensável a ter-se o exercício sob tal modalidade, o passado, ou seja, os parâmetros próprios à delegação" (RTJ 162, p. 784 a 786).

Defende-o, igualmente, Walter Ceneviva, para quem, conquanto seja o delegado notarial ou registrário titular de cargo público, "induvidoso que esse cargo não o torna confundível com o servidor público efetivo do qual passou a tratar o *caput* do art. 40 a contar da Emenda Constitucional n. 20, de 15 de dezembro de 1998, sendo, pois, estranho à aposentadoria compulsória. De outro modo, tratando-se de aposentadoria, há de se ter presente a regra do art. 40 da Lei n. 8.935/94, vigente antes da Emenda n. 20/98, pela qual tanto os titulares do serviço quanto seus escreventes e auxiliares são vinculados à previdência social de âmbito federal. Excluídos do art. 40 da Carta, após a emenda referida, mas continuando incluídos nos efeitos do art. 40 da Lei dos Notários e dos Registradores, tem-se como certo que esses profissionais não se submetem à aposentadoria compulsória ao atingir seu septuagésimo aniversário" (Lei dos Notários e dos Registradores Comentada". 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2002, p. 241).

Com muito maior razão, portanto, a sua aplicação após as Emendas Constitucionais n. 20/98 e 41/03. E não foi em outro sentido a decisão definitiva proferida pela Suprema Corte – que detém a última, quando não única, palavra em matéria constitucional – no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2602/MG, que coloca uma pá de cal sobre a matéria e consolida a exegese já há algum tempo defendida, consoante se infere do teor do Informativo n. 410/STF:

"Em conclusão de julgamento, o Tribunal, por maioria, julgou procedente pedido formulado em ação direta ajuizada pela Associação dos Notários e Registradores do Brasil -- Anoreg para declarar a inconstitucionalidade do Provimento 55/2001, do Corregedor-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais, que determina, aos juízes diretores de foro, que exerçam a fiscalização do implemento da idade de 70 anos dos oficiais de registro e tabeliães, bem como expeçam o ato de declaração de vacância do serviço notarial ou de registro — v. Informativo 369. Entendeu-se que a norma impugnada ofende o art. 236 da CF, que estabelece serem os serviços notariais

e de registro exercidos em caráter privado por delegação do Poder Público, e que a aposentadoria compulsória só se aplica aos servidores de cargos efetivos, consoante o disposto no art. 40, § 1º, II, da CF, com a redação dada pela EC 20/98. Vencido o Min. Joaquim Barbosa, relator, que julgava improcedente o pedido por considerar que os serventuários de notas e registro, por exercerem função eminentemente pública, estão sujeitos à aposentadoria por implemento de idade, tendo em conta, sobretudo, o princípio constitucional republicano, que não admite a personalização da função pública, nem a tentativa de eternização do seu exercício".

A conclusão a que se chega, portanto, é que as regras estabelecidas pelo parágrafo primeiro do art. 40 da Constituição da República, após sucessivas emendas, não se aplicam a todos aqueles que exercem função pública, mas apenas para os servidores abrangidos pelo regime de previdência de caráter contributivo e solidário, assegurada, desde 1998, aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações.

Ainda que possa pairar alguma controvérsia acerca de interpretação que exclua dessa obrigatoriedade ocupantes de cargos em comissão, o que, frise-se, não está em discussão, parece bastante clara a intenção do legislador de impô-la apenas aos servidores públicos em sentido estrito.

E, no caso, não se desconhece que o impetrante exerce atividade em serventia que hoje possui natureza judicial, por força do art. 206 da Carta de 1967, incluído pela Emenda Constitucional n. 7 de 13-4-77, que ressalvou, contudo, a situação dos então titulares. Excepcionado pela Constituição atual em relação apenas aos notários e registradores, não tendo sido, contudo, em relação aos distribuidores judiciais, não é ilógico concluir que aquela sua situação persiste, mais de 17 anos após a promulgação do novo texto constitucional, especialmente em atenção ao disposto no art. 31 do Ato Constitucional das Disposições Transitórias e em atenção ao seu direito adquirido de permanecer como titular daquela serventia da maneira que a recebeu, por delegação, para quem, a exemplo do que se vem entendendo em relação aos notários e registradores, não se impõe a determinação de aposentadoria obrigatória aos 70 anos de idade.

A respeito, Ives Gandra Martins ressalta que "a preocupação do constituinte em preservar os direitos adquiridos em razão do regime anterior é novamente acentuada no art. 31, visto que, mesmo depois da estatização das serventias do foro judicial, nos termos da legislação

nova, os direitos pretéritos apenas desaparecerão com a morte dos beneficiários das serventias criados nos moldes do regime anterior" (Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva, 1998, v. 9, p. 301).

Outrossim, não seria justo, razoável ou proporcional submeter o impetrante à aposentadoria compulsória, que não lhe é favorável, sem que o Estado, em contrapartida, preste-lhe ou lhe tenha prestado ao longo de sua vida profissional as demais garantias que são próprias do funcionalismo público, como as referidas no § 3º do art. 39 da Carta Magna.

Por todo o exposto, porque inaplicável, à espécie, o que dispõe o art. 40, § 1º, II, da Constituição Federal, é que a ordem é concedida.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Orli Rodrigues, Souza Varella, Cláudio Barreto Dutra, Newton Trisotto, Sérgio Paladino, Volnei Cariln, Luiz Cézar Medeiros, Valderlei Romer, Nelson Schaefer Martins, José Volpato, Torres Marques, Luiz Carlos Freyesleben, Gastaldi Buzzi, Marcus Tulio Sartorato, Cesar Abreu, Salete Silva Sommariva, Nicanor da Silveira, Salim Schead dos Santos, Edson Ubaldo, Cid Goulart, Alcides Aguiar e Carlos Prudêncio, e, com votos vencidos, os Exmos. Srs. Des. Francisco Oliveira Filho, Irineu João da Silva e Fernando Carioni. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Antenor Chinato Ribeiro.

Florianópolis, 5 de julho de 2006.

Pedro Manoel Abreu,
Presidente;
Gaspar Rubik,
Relator.

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Francisco Oliveira Filho

Ementa aditiva

Servidor do foro judicial – Mandado de segurança preventivo – Distribuidor judicial da comarca da Capital – Nomeação em face de ato do Governador do Estado – Designação pelo Corregedor-Geral da Justiça para as funções de distribuidor de títulos para protesto – Impossibilidade de considerá-la nomeação – Inaplicabilidade nessa função do artigo 19 do ADCT da Constituição de 5-10-1988 – Voto no sentido de denegar o pedido.

Ex vi do artigo 19 do ADCT da Constituição Federal de 5-10-1988, não é considerado estável no serviço público o servidor que não foi admitido na forma regulada no art. 37 daquela Magna Carta.

Ainda que designado pelo Corregedor-Geral da Justiça em

dezembro de 1964 para a função de Distribuidor de Títulos para Protesto, na ordem constitucional anterior e na atual não adquiriu o servidor direito à estabilidade e efetividade, por não existir também na espécie cargo criado por lei para autorizar o exercício de função.

Incontroverso e admitido na inicial (fl. 3, II, 3) que, em 26-8-1960, o então Governador do Estado nomeou o impetrante para Distribuidor Judicial na comarca da Capital, em cujo cargo foi empossado em 14 de setembro daquele ano. Entretanto, no mês de dezembro de 1964 (fl. 3, II, 4), o então Corregedor-Geral da Justiça o designou para exercer "também as funções de Distribuidor de Títulos e Documentos (doc. 6), igualmente sem qualquer remuneração do Erário" (fl. 3).

Ora, em face dessa realidade, absteve-se o impetrante de optar no prazo da Lei Estadual n. 6.398, de 13-7-1984, pelo enquadramento na classe inicial da categoria funcional de agente judiciário. O art. 6º dessa Lei n. 6.398 não alude às funções de Distribuidor de Títulos para Protesto (fls. 6 e 7). Nem poderia, pois a nomeação para cargo público era exclusivamente do Governador do Estado, o qual, data venia, não partilhava essa atribuição com o Corregedor-Geral da Justiça.

Portanto, o decurso do tempo, até mesmo com a Constituição Federal de 5-10-1988 (ADCT, art. 19), não assegurou ao impetrante estabilidade e efetividade nas funções de Distribuidor de Títulos para Protesto.

Ipso facto, não há direito líquido e certo, em virtude de o fato alegado ser controvertido e não atingir o patrimônio jurídico do servidor, que não é integrante do foro extrajudicial.

Esses, pois, em resumo, os fundamentos porque votei no sentido de denegar a ordem pretendida (fls. 2 a 10), uma vez que o servidor não é integrante do foto extrajudicial.

Francisco Oliveira Filho

Declaração de voto vencedor do Exmo. Sr. Des. Cesar Abreu

Acompanhei o eminente Relator pelos seguintes fundamentos:

Colhe-se dos autos que o impetrante ingressou na atividade de Distribuidor nos idos de 1960, sob a égide da Lei n. 634, de 4 de janeiro de 1952, que tratava da Organização Judiciária do Estado de Santa Catarina, e é considerado auxiliar de Justiça, também sob o abrigo das leis que se sucederam (Lei n. 3.787, de 29-12-1965 e n. 5.624, de 9-11-1979).

Na lei atual, de Organização e Divisão Judiciárias (Lei n. 5.624/79), na parte que ainda sobrevive (não alterada pela superveniente LC n. 339, de 8-3-06), permanece o Distribuidor

incluído entre os auxiliares da Justiça, na categoria de Serventuários (art. 68).

Expressa referida legislação que os serviços auxiliares, no foro judicial e no extrajudicial, são executados por servidores da Justiça, com a denominação de funcionários e auxiliares da Justiça, que compreendem na expressão funcionários da Justiça os do Quadro de Pessoal do Tribunal de Justiça e da Corregedoria-Geral, os do Juízo de Menores da comarca da Capital e os demais servidores encarregados dos serviços administrativos dos Juízos de Direito (arts. 65 e 66).

Os auxiliares da Justiça, de outra parte, são nominalmente identificados e figuram ao lado do Distribuidor Judicial, com pertinência ao caso concreto, os Tabeliães, os Oficiais de Registro Público, os Oficiais Maiores, os Escreventes Juramentados etc. (arts. 67 e 68).

Essa relação de proximidade entre esses serviços é tão expressiva que, ao prever as hipóteses de substituição, dispôs a lei (art. 335, § 1º) que, não havendo escrevente, ou estando impedido, o tabelião, o escrivão e o oficial de registro serão substituídos por outro serventuário da mesma categoria, designado pelo Diretor do Foro, dentre os quais, por evidente, o Distribuidor. Aliás, o próprio Distribuidor, em casos especiais, superadas as hipóteses normais de substituição, poderia ter sua função ocupada por escrevente juramentado (parágrafo único do art. 336).

Extrai-se, de todo o exposto, uma verdade, qual seja – afastados os casos de opção, legalmente autorizada (Lei n. 6.398, de 13-7-1984, art. 6º), para enquadramento do Distribuidor, dentre outros auxiliares da Justiça, na classe inicial da categoria funcional de Agente Judiciário, do Quadro de Pessoal da Justiça de Primeiro Grau, hoje não mais possível, pela inconstitucionalidade de que se revestiria, ausente concurso público (STF, ADI n. 423-9) –, que o Distribuidor não é de ser considerado servidor titular de cargo efetivo, para efeito de incidência da regra do inciso II do § 1º do art. 40 da CF, na redação da Emenda Constitucional n. 20/98, não alterada, no particular, pela superveniente Emenda Constitucional n. 41/03.

Aliás, em recentes julgados, embora voltados para os registradores e notários, o egrégio Supremo Tribunal Federal, ao analisar a EC n. 20/98, que alterou o art. 40 da CF, manifestou-se no sentido de que a norma referente à aposentadoria compulsória pelo implemento de idade somente seria destinada aos servidores em sentido estrito, não estando abarcados neste preceito os Titulares de Cartório (Orientação extraída do MS n. 2003.029026-5. Ou, ainda:

TJSC, Ap. Cív. n. 2004.020751-4 e MS n. 2005.015589-8/STF, RE n. 417.362 AgR/PE).

Essa orientação, por certo, alcança o impetrante por dois motivos fundamentais: primeiro, porque não se trata de servidor titular de cargo efetivo; segundo, porque a distribuição, na forma da lei (art. 420 c/c o art. 443 da Lei n. 5.624/79, esse último dispositivo com a redação da Lei n. 6.899, de 5-12-86), compreende não só os processos judiciais, como também os títulos cambiários, atribuição relacionada com o foro extrajudicial, que dá margem para que se compreenda que exerce, também, atividade típica de delegação, para os fins da Lei Federal n. 8.935, de 18-11-94, art. 5º, inc. VIII).

Ora, não sendo o impetrante servidor público em sentido estrito, como já demonstrado, com a invocação dos arts. 65 e 66 do Código de Divisão e Organização Judiciárias do Estado (Lei n. 5.624/79), posto que não integram o Quadro de Pessoal do Tribunal de Justiça, seja de primeiro ou de segundo graus, hoje já unificado, não se pode a tanto pretender equipará-lo, visto que as equiparações constitucionais são sempre expressas, como se vê na hipótese do § 6º do art. 37 da CF, que trata da responsabilidade das pessoas naturais e de direito privado que prestam, seja por concessão, delegação ou permissão, serviços públicos, quanto a danos causados por si e prepostos a particulares.

Tanto não é o impetrante servidor público em sentido estrito, mas uma espécie de delegatário da função pública, que o Código de Divisão lhe manda contratar seus próprios empregados, que se regem pela CLT, como sobressai do disposto no art. 151, inciso VI, c/c o art. 73 (Lei n. 5.624/79), sendo, ainda, seu garante.

Aliás, funcionário público, na dicção do Estatuto (Lei Estadual n. 6.745, de 28-12-85), "é a pessoa legalmente investida em cargo público criado por lei, de provimento efetivo ou em comissão, com denominação, função e vencimento próprios, número certo e pagamento pelo erário estadual".

O impetrante, consabidamente, não percebe dos cofres públicos. O ganho que aufere decorre do Regimento de Custas, e corre à respectiva conta qualquer desequilíbrio negativo que venha a exsurgir. Aliás, o art. 357 do CDOJSC (Lei n. 5.624/79) fixa que "Os auxiliares da Justiça perceberão, pelos atos que praticarem, em razão do cargo ou ofício, as custas, percentagens e emolumentos taxados no respectivo regimento".

É preciso, pois, em relação a alguns poucos colaboradores que ainda remanescem, que não se enquadram no conceito de funcionário

público, nem a eles se equiparam, porque a equiparação deveria ser expressa, que se reconheça que alguma coisa mudou, a realidade constitucional é outra, e não estão eles, como ocorre com os notários e registradores, atividade que também acumula, por ocasião da distribuição dos títulos cambiais, sujeitos à aposentadoria compulsória, que é apropriada ao servidor público *strictu sensu.*

Não seria justo, razoável ou proporcional, outrossim, submetê-lo à aposentadoria compulsória, que não lhe beneficia, sem que o Estado, em contrapartida, preste-lhe ou tenha prestado ao longo de sua vida funcional as demais garantias que são próprias do funcionalismo público, como os que são referidos no § 3º do art. 39 da CF.

Portanto, tendo o impetrante completado os seus 70 anos na vigência da EC n. 20/98, que deu nova redação ao art. 40, § 1º, inciso, II, da CF (não alterado em substância, para os efeitos aqui perseguidos), conclui-se que não se lhe aplica a aposentadoria compulsória.

Essas as razões do meu voto.

Cesar Abreu

SEÇÃO CIVIL

MANDADOS DE SEGURANÇA

MANDADO DE SEGURANÇA N. 2004.008701-2, DA CAPITAL

Relator: Des. Volnei Carlin

Mandado de segurança – Servidores públicos inativos – Contribuição previdenciária instituída pela EC n. 41/03 – Constitucionalidade declarada pelo Supremo Tribunal Federal – Respeito ao limite de proventos.

Após o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal das Ações Diretas de Inconstitucionalidade n. 3105/DF e 3128/DF, não há discutir acerca da inexistência de violação a direito adquirido na exigência da contribuição previdenciária dos servidores inativos.

Tal exação, contudo, está sujeita ao teto mínimo fixado no art. 5º da EC n. 41/03, correspondente ao limite máximo para o valor dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social, de que trata o art. 201 da Constituição.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança n. 2004.008701-2, da comarca da Capital, em que é impetrante o Sindicato dos Servidores da Assembléia Legislativa -- Sindalesc e impetrado o Presidente da Mesa Diretora da Assembléia Legislativa do Estado de Santa Catarina:

ACORDAM, em Seção Civil, por votação unânime, rejeitar as preliminares e conceder parcialmente a ordem.

Custas na forma da lei.

Relatório

O Sindicato dos Servidores da Assembléia Legislativa do Estado de Santa Catarina -- Sindalesc impetrou mandado de segurança coletivo preventivo o contra o Presidente da Mesa Diretora da Assembléia Legislativa objetivando a concessão da ordem para sustar realização do desconto previdenciário em favor do Ipesc na folha de pagamento (contracheque) dos associados (inativos – lista anexa – fl. 38).

A medida liminar foi deferida (fls. 64 e 65).

Devidamente notificada para tanto, a autoridade coatora prestou as informações, e suscitou, em prefacial, a litispendência do processo em relação ao Mandado de Segurança n. 2004.006293-1, uma vez que seriam diferentes somente em relação aos associados tutelados, e a impossibilidade jurídica do pedido porque o *writ* não é o meio processual adequado à declaração de inconstitucionalidade de lei. No mérito, assinalou que a pretensão deduzida em Juízo não merece prosperar, considerando que o ato apontado como ilegal nada mais é que o reflexo da aplicação dos arts. 40 e 149, § 1º, da CRFB (com redação da EC n. 41/03) e da Lei Complementar Estadual n. 266/04, motivo pelo qual a segurança deve ser denegada (fls. 77 a 89).

O Presidente do Ipesc, por sua vez, citado na qualidade de litisconsorte passivo necessário, afirmou ser vedada a concessão de medida liminar contra a Fazenda Pública e a ausência de direito líquido e certo já que a referida contribuição tornou-se obrigatória com o advento da EC n. 41/03 (fls. 133 a 151).

A Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pela concessão parcial da segurança (fls. 156 a 162).

Por força do Ato Regimental n. 73/06 do Tribunal de Justiça do Estado de de Santa Catarina, os autos foram redistribuídos à Seção Civil, por prevenção a este Relator (art. 2º).

Voto

O ponto fundamental do presente mandado de segurança refere-se à possibilidade de proceder ao desconto de contribuição previdenciária dos associados do Sindicato impetrante.

Antes de se adentrar no mérito, é necessário equacionar as prefaciais suscitadas.

No que tange à litispendência, o sistema SAJ denota que o Mandado de Segurança n. 2004.006293-1 já foi julgado. Sendo assim, afasta-se de plano a litispendência, uma vez que sua configuração pressupõe processo em curso.

Sobre a matéria, prescrevem os parágrafos do art. 301 do Código de Processo Civil:

"§ 1º. Verifica-se a litispendência ou a coisa julgada, quando se reproduz ação anteriormente ajuizada.

"§ 2º. uma ação é idêntica à outra quando tem as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido.

"§ 3º. Há litispendência, quando se repete ação, *que está em curso* [...]" (sem grifo no original).

Ademais, conforme afirmado pelo próprio Presidente da Mesa Diretora da Assembléia Legislativa, em que pese o Sindicato figurar no pólo ativo de todos os processos, os associados são diferentes (fl. 77).

Rejeita-se, por essas razões, a preliminar.

Por outro vértice, não há cogitar acerca da proibição legal de ser proferida medida liminar contra a Fazenda Pública. Em se tratando de mandado de segurança, este Tribunal já pacificou o entendimento, note-se:

"a legislação com a qual o Ipesc fundamenta sua pretensão refere-se à concessão de liminar em antecipação de tutela, medida de caráter geral regulada pelo CPC. *A liminar concedida em sede de mandado de segurança trata-se de medida de procedimento especial regulado por lei específica, a qual determina que o juiz, ao despachar a inicial, ordenará 'que se suspenda o ato que deu motivo ao pedido, quando for relevante o fundamento e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja indeferida'"* (MS n. 2003.028019-7, da Capital, rel. Des. Cláudio Barreto Dutra, j. em 13-10-04) (grifou-se).

Afasta-se, assim, a impossibilidade jurídica do pedido aventada.

No mérito, a matéria de fundo não dá azo a maiores digressões. A exigência de contribuição dos inativos está prevista no art. 40 da Constituição da República, com redação dada pela Emenda Constitucional n. 41/03, pela qual o legislador constituinte deu nova roupagem à contribuição previdênciária, permitindo sua incidência sobre os proventos dos servidores inativos.

Ao analisar a questão, o Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal decidiu pela constitucionalidade do *caput* do art. 4º da referida Emenda, decisão que foi publicada no DJU de 27-8-04, nos seguintes termos, *verbis*:

"O Tribunal, por unanimidade, rejeitou as preliminares. Votou o Presidente. Em seguida, após os votos da Srs. Min. Ellen Gracie, Relatora, e Carlos Britto, que julgavam procedente a ação e declaravam a inconstitucionalidade do artigo 4º, *caput*, parágrafo único, incisos I e II, da Emenda Constitucional n. 41, de 19 de dezembro de 2003, e do voto do Senhor Ministro Joaquim Barbosa, que a julgava improcedente, pediu vista dos autos o Sr. Min. Cezar Peluso. Falaram, pelas requerentes, Associação Nacional dos Membros do Ministério Público-Conamp, o Dr. Aristides Junqueira Alvarenga e pela Associação Nacional dos Procuradores da República -- ANPR, o Dr. Artur de Castilho Neto; pelas *amici curiae*, Federação Nacional dos Auditores Fiscais da Previdência Social-Fenafisp; Sindicato dos Policiais Civis de Londrina e Região-Sindipol; Associação Nacional dos Advogados da União e dos Advogados das Entidades Federais-Anajur; Sindicato Nacional dos Docentes das Instituições de Ensino Superior-Andes; Associação Nacional dos Auditores Fiscais da Previdência Social-Anfip; Federação Nacional dos Sindicatos de Trabalhadores do Judiciário Federal e Ministério Público da União-Fenajufe; Sindicato Nacional dos Auditores Fiscais da Receita Federal-Unafisco Sindical; Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário e do Ministério Público da União no Distrito Federal-Sindjus/DF, os Drs. Mauro Menezes e José Luiz Wagner; pela Advocacia-Geral da União, o Dr. Álvaro Ribeiro Costa e, pelo Ministério Público Federal, o Dr. Cláudio Lemos Fonteles, Procurador-Geral da República. Presidência, em exercício, do Senhor Ministro Nelson Jobim, Vice-Presidente. Plenário, 26-5-2004. Decisão: Renovado o pedido de vista do Senhor Ministro Cezar Peluso, justificadamente, nos termos do § 1º do artigo 1º da Resolução n. 278, de 15 de dezembro de 2003. Presidência do Senhor Ministro Nelson Jobim. Plenário, 23.6.2004. Decisão: O Tribunal, por maioria, julgou improcedente a ação em relação ao *caput* do artigo 4º da Emenda Constitucional n. 41, de 19 de dezembro de 2003, vencidos a Senhora Ministra Ellen Gracie, Relatora, e os Senhores Ministros Carlos Britto, Marco Aurélio e Celso de Mello. Por unanimidade, o Tribunal julgou inconstitucionais as expressões 'cinqüenta por cento do' e 'sessenta por cento do', contidas, respectivamente, nos incisos I e II do parágrafo único do artigo 4º da Emenda Constitucional n. 41/2003, pelo que aplica-se, então, à hipótese do artigo 4º da EC n. 41/2003 o § 18 do artigo 40 do texto permanente da Constituição, introduzido pela mesma emenda constitucional. Votou o Presidente, o Senhor Ministro Nelson Jobim. Redigirá o acórdão o Sr. Min. Cezar Peluso. Plenário, 18-8-2004" (ADIn n. 3105/DF, rela. Mina. Ellen Gracie, j. 18-8-04).

Idêntica decisão foi proferida também pelo Supremo Tribunal Federal, na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3128/DF, rela. Mina. Ellen Gracie, julgada em 18-8-04, publicada no DJU de 27-8-04.

Observe-se, contudo, que a incidência da contribuição está sujeita ao teto mínimo fixado no art. 5º da EC n. 41/03, correspondente ao limite máximo para o valor dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social de que trata o art. 201 da Constituição da República, de R$ 2.400,00 (dois mil e quatrocentos reais), nos termos da decisão do Excelso Pretório – valor este que deve ser corrigido pelos mesmos índices aplicados aos benefícios pagos pelo INSS, chegando hoje a R$ 2.801,56 (dois mil oitocentos e um reais e cinqüenta e seis centavos), conforme Portaria n. 119/2006 do Ministério da Previdência Social (vide http://www.mpas.gov.br/04_02_01.asp.).

Nessa esteira, deste Tribunal se destacam os seguintes julgados:

"Mandado de segurança – Servidores públicos inativos – Contribuição previdenciária instituída pela EC n. 41/03 – Constitucionalidade declarada pelo Supremo Tribunal Federal – Respeito ao limite de proventos – Ausência de direito líquido e certo.

"Embora já tenha proferido voto em sentido diverso, no sentido da concessão da segurança, acompanho a tendência jurisprudencial emanada da Excelsa Corte, nas ADins n. 3105/DF e 3128/DF, no sentido da inexistência de violação a direito adquirido na exação da contribuição previdenciária dos servidores inativos que percebam proventos acima do limite estabelecido no art. 5º da EC n. 41/03" (MS n. 2003.026814-6, da Capital, rel. Des. Volnei Carlin, j. em 8-9-04).

"Mandado de segurança. Servidor público inativo. Desconto da contribuição previdenciária. Secretário da administração. Ilegitimidade passiva *ad causam* afastada. Obrigação imposta pela Emenda Constitucional n. 41/03, corroborada, no âmbito estadual, pela Lei Complementar n. 266/04. Decisão do colendo Supremo Tribunal Federal, em ação direta de inconstitucionalidade, que confirma a referida cobrança. Efeito vinculante. Isenção outorgada até o limite previsto pelo regime de previdência social. Segurança concedida parcialmente" (MS n. 2004.017175-7, da Capital, rel. Des. Vanderlei Romer, j. em 10-11-04).

"Mandado de segurança -- Servidores públicos inativos e ou pensionistas -- Contribuição previdenciária -- Art. 40, § 18, da CF, c/c o art. 4º, *caput*, e 5º, da EC n. 41/03 -- ADIns n. 3.105/DF e 3.128/DF -- Efeito vinculante -- Art. 28, parágrafo único, da Lei n. 9.868/99" (Tribunal

Pleno -- MS n. 2004.014615-9, da Capital, rel. Des. Cláudio Barreto Dutra, j. em 6-4-05).

Diante de todo o exposto, afastam-se as prefaciais suscitadas e concede-se parcialmente a segurança, a fim de que seja garantida a isenção do desconto previdenciário apenas no que tange à parcela inferior ao teto fixado no art. 5º da Emenda Constitucional n. 41/03.

III -- Decisão

Nos termos do voto do Relator, decide a Seção Civil, por unanimidade, rejeitar as prefaciais e conceder parcialmente a ordem.

Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Luiz Cézar Medeiros, Vanderlei Romer, Nelson Schaefer Martins, Monteiro Rocha, Fernando Carioni, Luiz Carlos Freyesleben, Marcus Tulio Sartorato, Cesar Abreu, Nicanor da Silveira, Salim Schead dos Santos, Cid Goulart, e também os Exmos Srs Des. Subst. Jaime Ramos, Newton Janke, Sérgio Izidoro Heil, Sônia Maria Schmitz, Ronaldo Moritz Martins da Silva, Jânio Machado, Jaime Luiz Vicari, Paulo Roberto Camargo Costa, Marli Mosimann Vargas, Joel Figueira Júnior. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. João Fernando Q. Borrelli.

Florianópolis, 26 de julho de 2006.

Alcides Aguiar,
Presidente, com voto;
Volnei Carlin,
Relator.

MANDADO DE SEGURANÇA N. 2004.030689-4, DA CAPITAL

Relator: Des. Rui Fortes

Mandado de segurança – Servidores públicos do Tribunal de Contas do Estado – Estabilidade financeira – Vantagem nominalmente identificável (VNI) – Critério de reajuste – Mesma data e proporção do aumento do vencimento dos servidores – Precedentes desta Corte – Concessão da ordem.

"1. O valor da parcela incorporada aos vencimentos do servidor público por força da denominada estabilidade financeira, convertida em vantagem nominalmente identificável (VNI), 'será aumentado nas mesmas datas e proporções em que ocorrer o aumento de vencimento dos servidores delas beneficiários' (LC n. 43/92, art. 3º, § 4º).

"2. 'Em se tratando de mandado de segurança impetrado contra ato considerado ilegal por ter suprimido reajuste dos vencimentos dos servidores, que consideram-no devido, não há que se falar em aplicação das Súmulas 269 e 271 do STF' (REsp. n. 206.413, Min. Felix Fischer; REsp. n. 87.339, Min. Vicente Leal; REsp. n. 29.950, Min. Vicente Cernicchiaro; EDREsp. n. 65.115, Min. Gilson Dipp; RMS n. 24.263, Min. Carlos Velloso)" (MS n. 2004.030686-3, da Capital).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança n. 2004.030689-4, da comarca da Capital, em que são impetrantes Ana Maria Bonatelli de Melo, Ana Rita Quintilhan Zen, Celina Mendes Jácome Brina, Dalva Moraes Souza, Dione Dilza Campos, Edson Luis Amarante Arruda, Eliane Maria Ferreira Arruda Coelho, Eneida Alves Tavares, Erasmo Manoel dos Santos, Érico Rosa Vieira, Felisbina Wosniak, Gervásio Schmidt, Hélio dos Santos, Jairo de Campos, Jairo Wessler, João Roberto da Silva, Joel de Campos, Juracy Dionísio dos Santos, Luiz Carlos Santos Júnior, Manoel Lindomar da Silveira, Paulo César de Souza, Pedro Francelino Raimundo, Realdina Maria Debacker, Schirley da Silva, Valdir Domingos dos Santos, Valmor Souza Lopes, Vilson Rogério Waltrick e Zulma da Costa, e impetrado o Presidente do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina:

ACORDAM, em Seção Civil, por maioria de votos, conceder a ordem a partir do ato ilegal.

Sem custas.

Relatório

Ana Maria Bonatelli de Melo, Ana Rita Quintilhan Zen, Celina Mendes Jácome Brina, Dalva Moraes Souza, Dione Dilza Campos, Edson Luis Amarante Arruda, Eliane Maria Ferreira Arruda Coelho, Eneida Alves Tavares, Erasmo Manoel dos Santos, Érico Rosa Vieira, Felisbina Wosniak, Gervásio Schmidt, Hélio dos Santos, Jairo de Campos, Jairo Wessler, João Roberto da Silva, Joel de Campos, Juracy Dionísio dos Santos, Luiz Carlos Santos Júnior, Manoel Lindomar da Silveira, Paulo César de Souza, Pedro Francelino Raimundo, Realdina Maria Debacker, Schirley da Silva, Valdir Domingos dos Santos, Valmor Souza Lopes, Vilson Rogério Waltrick e Zulma da Costa impetraram mandado de segurança contra ato considerado abusivo e ilegal praticado pelo Sr. Presidente do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina, objetivando a retificação do cálculo da "vantagem nominalmente identificável" (VNI). Sustentaram que o direito líquido e certo está centrado no art. 3º, § 4º, da LC n. 43/92, bem como nos arts. 26, XI e XII, anexo VII, e 26, da LC n. 255/04. Alegaram que a vantagem pessoal está sendo paga em valor menor, ou seja, sem o aumento do vencimento do cargo efetivo de cada servidor, conforme determina o art. 3º, § 4º, da LC n. 43/92, tendo sido majorada apenas na proporção do aumento do piso de vencimento. Por fim, após outras considerações, rogaram pela concessão de liminar e sua confirmação em definitivo, para que a autoridade impetrada seja instada a tomar providências para que o pagamento da referida vantagem se proceda na mesma proporção do aumento do valor do vencimento do cargo efetivo do servidor dela beneficiário, nos termos da LC n. 43/92 e da LC n. 255/04.

Sobrestada a análise da liminar (fl. 81) e notificada a autoridade impetrada, vieram as informações (fls. 89 a 106), sustentando que apenas fez cumprir o disposto na LC n. 43/92, de sorte que, após sua edição, as incorporações ou agregações não mais podem ser vinculadas aos valores correspondentes aos cargos em comissão de que se originaram. Disse que a LC n. 43/92, em que pese questionada no âmbito do Judiciário, foi considerada imune de qualquer vício de inconstitucionalidade. Sustentou que, por força da LC n. 255/04, foi implantado o novo plano de cargos e salários no Tribunal de Contas do Estado, passando a ser cumprida a regra prevista na LC n. 43/92, não havendo direito líquido e certo a ser protegido. Derradeiramente, rogou pela denegação da ordem.

Indeferida a liminar (fl. 161), sobreveio o parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça pela concessão da segurança (fls. 166 a 169).

Voto

A segurança há de ser concedida.

A matéria, a propósito, encontra-se pacificada nesta egrégia Corte, e o colendo Grupo de Câmaras de Direito Público, em demanda semelhante à presente, decidiu que: "O valor da parcela incorporada aos vencimentos do servidor público por força da denominada estabilidade financeira, convertida em vantagem nominalmente identificável (VNI), 'será aumentado nas mesmas datas e proporções em que ocorrer o aumento de vencimento dos servidores delas beneficiários' (LC 43/92, art. 3º, § 4º)" (MS n. 2004.030686-3, da Capital, rel. Des. Newton Trisotto).

E, do voto citado, extraem-se os seguintes fundamentos:

"Sobre a denominada estabilidade financeira, permito-me reproduzir excerto do voto que inseri no acórdão relativo ao Mandado de Segurança n. 1997.004457-7:

"O instituto da 'agregação' ou 'estabilidade financeira' é uma criação protetiva em favor do funcionário efetivo que durante longo período ocupou cargo em comissão ou função gratificada, gerando para ele e seus familiares um padrão salarial, um poder aquisitivo, que repentinamente, de um dia para outro, poderia ser perdido. Todavia, a legislação antes citada não lhe garantiu apenas a estabilidade financeira, mas, sim, reajustes automáticos do salário.

"Esclareço a assertiva exemplificando, considerando a inexistência de corrosão do valor da moeda (inflação): a) o vencimento mensal do cargo efetivo desse servidor é de R$ 1.000,00 (mil reais) e o do cargo em comissão de R$ 2.000,00 (dois mil reais); b) o seu poder de compra, o padrão de vida da família, estabeleceu-se no patamar desse vencimento (R$ 2.000,00); c) tempos depois, os ocupantes de cargos em comissão têm um reajuste salarial de 10% (dez por cento); d) automaticamente, esse percentual será repassado àquele servidor, que há muito deixou o cargo comissionado, cujo vencimento teria um acréscimo de R$ 100,00 (cem reais).

"Vê-se que não se está diante de uma situação de 'estabilidade financeira' -- pois o poder aquisitivo do servidor não sofreu qualquer redução -- mas de um automático reajuste salarial por força de uma vinculação com o vencimento de outra categoria funcional que não aquela a que pertence.

"Havendo desvalorização da moeda, é evidente que a parte do vencimento incorporada não pode permanecer congelada; deve ser elevada na mesma proporção do reajuste do vencimento do cargo efetivo, o que foi assegurado na LC n. 43/92.

"A *ratio legis* está em assegurar a manutenção do poder aquisitivo do funcionário efetivo e não a de permanentemente vincular parcela do seu vencimento ao cargo do qual se desligou. Por isso, tenho que são inconstitucionais o § 1º do art. 90 da Lei n. 6.745/85, como também o artigo 16 da Lei Complementar n. 93/93, que restabeleceu a 'vinculação'.

"Como referido no relatório, a parcela da remuneração dos servidores públicos estaduais correspondente à 'estabilidade financeira' foi convertida em 'vantagem nominalmente identificável' (VNI) pela Lei Complementar 43 de 1992, que no art. 3º dispõe:

'É vedada a vinculação ou equiparação de vencimentos para efeito de remuneração do pessoal ativo ou inativo, de qualquer dos Poderes do Estado, da Administração Direta, Autárquica ou de Fundação instituída e mantida pelo Estado, não podendo em hipótese nenhuma manter-se quaisquer vinculações ou equiparações com a remuneração de Secretário de Estado, com o limite máximo de remuneração ou com vencimentos ou gratificações atribuídos respectivamente aos argos em comissão ou funções de confiança.

'§ 1º. O servidor com vencimentos ou proventos vinculados ou equiparados na forma do caput deste artigo, passará a receber o valor decorrente da adição prevista pelo artigo 90 e respectivos incisos e parágrafos da Lei n. 6.745, de 28 de dezembro de 1985, pelo artigo 80 e respectivos incisos e parágrafos da Lei n. 6.844, de 29 de julho de 1986 e pelo artigo 96 e respectivos incisos e parágrafos da Lei n. 6.843, de 28 de julho de 1986, percebido no mês de dezembro de 1991, a título de vantagem pessoal nominalmente identificável.

'§ 2º. A gratificação nominalmente identificável, instituída pelo artigo 16, da Lei n. 1.114, de 27 de setembro de 1988, é fixada e será paga nos mesmos valores recebidos pelos servidores beneficiários no mês de dezembro de 1991.

'§ 3º. Ficam vedados quaisquer aumentos ou reajustes da vantagem pessoal nominalmente identificável e da gratificação nominalmente identificável, de que tratam os §§ 1º e 2º deste artigo, em decorrência do aumento ou reajuste do valor dos vencimentos dos cargos, das funções de confiança ou do limite máximo de remuneração, nos quais se deu a vinculação ou equiparação.

'§ 4º. O valor da vantagem nominalmente identificável, de que tratam os §§ 1º e 2º deste artigo, será aumentado nas mesmas datas e proporções em que ocorre o aumento de vencimento dos servidores delas beneficiários, incidindo sobre elas o adicional por tempo de serviço'.

"Nas informações disse o eminente impetrado 'que as ditas incorporações/agregações' não mais poderiam 'ficar vinculadas aos valores dos cargos em comissão de que se originaram. O valor da vantagem seria corrigido na mesma data e proporção do aumento geral concedido à categoria de servidores a que pertence o beneficiário'.

"O equívoco, *data venia*, é palmar, porque: a) postulam os impetrantes a vinculação da VNI com os vencimentos dos seus respectivos cargos e não com os cargos em comissão que exerceram temporariamente; b) conforme a LC n. 43/92, o valor correspondente à VNI 'será aumentado nas mesmas datas e proporções em que ocorrer o aumento de vencimento dos servidores delas beneficiários' (art. 3º, § 4º).

"É evidente que a soma dos vencimentos do cargo efetivo e da VNI não poderá ultrapassar os vencimentos do cargo em comissão ocupado pelo servidor beneficiário da estabilidade financeira. É o que se infere do inciso II do art. 90 da Lei n. 6.745, de 1985: 'da diferença entre os vencimentos do cargo em comissão e os vencimentos do cargo efetivo'.

"Reconheço que relativamente aos cargos em comissão extintos haverá dificuldades para estabelecer esse limite. Todavia, a *quaestio* não tem relação direta com o pedido formulado pelos impetrantes".

Por fim, quanto às diferenças relativas à mesma benesse não pagas pelo Tribunal de Contas antes da impetração do *writ*, firmou-se o entendimento neste colendo Tribunal que, não obstante o disposto nas Súmulas 269 e 271 do STF, a ordem deve retroagir para gerar efeitos também sobre aquelas quantias.

Tal orientação advém da tese de que o mandamus não está sendo utilizado como substitutivo da ação de cobrança mas, sim, como remédio corretivo ao ato que negou a incidência de aumento sobre a Verba Nominalmente Identificável – VNI.

Nessa vertente, decidiu o Excelso Pretório:

"O mandado de segurança não se confunde com a ação de cobrança. Toda ação repousa na causa de pedir. Não se pode, em mandado de segurança, deduzir fato gerador de direito de crédito para reclamar pagamento. A Lei n. 5.021/66 veda, no *mandamus*, pedir vencimentos e vantagens pecuniárias. Diferente, entretanto, se a causa de pedir for ilegalidade da sanção administrativa aplicada. No caso, concedida a segurança, repõe-se a situação jurídica anterior, em conseqüência, também o pagamento do que fora ilegalmente suspenso. A prestação jurisdicional cumpre ser exaustiva, no sentido de repor, às inteiras, quanto possível, o direito reconhecido" (STJ – ROMS n. 3.074-1/PR (93.0014149-0), rel. Min.

Luiz Vicente Cernicchiaro). No mesmo sentido: STF – RO n. 24.263-2/DF, rel. Min. Carlos Velloso, j. em 1º-4-03.

Sem divergir, vem decidindo esta colenda Corte:

"'Em se tratando de mandado de segurança impetrado contra ato considerado ilegal por ter suprimido reajuste dos vencimentos dos servidores, que consideram-no devido, não há que se falar em aplicação das Súmulas 269 e 271 do STF' (REsp. n. 206.413, Min. Felix Fischer; REsp. n. 87.339, Min. Vicente Leal; REsp. n. 29.950, Min. Vicente Cernicchiaro; EDREsp. n. 65.115, Min. Gilson Dipp; RMS n. 24.263, Min. Carlos Velloso)" (MS n. 2004.030686-3, da Capital, rel. Des. Newton Trisotto).

Nesses termos, deve a segurança ser concedida com efeitos pretéritos a partir do ato ilegal, desde que o montante da dívida não ultrapasse o limite previsto no art. 87 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal, ou, se ultrapassar, com efeitos pretéritos até 120 (cento e vinte) dias da impetração.

Decisão

Nos termos do voto do Relator, decidiu a Seção Civil, por maioria de votos, conceder a ordem a partir do ato ilegal. Vencidos os eminentes Des. Nicanor da Silveira, Ricardo Fontes, Cid Goulart, Salete Silva Sommariva e Francisco Oliveira Filho, que votaram pela aplicação das Súmulas 269 e 271 do STF, com efeitos a partir da impetração.

Sem custas e sem honorários (Súmulas 502 do STF e 105 do STJ).

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Cesar Abreu, Salim Schead dos Santos, Newton Janke, Sérgio Izidoro Heil, Sônia Maria Schmitz, Ronaldo Moritz Martins da Silva, Jânio Machado, Paulo Roberto Camargo Costa, Joel Figueira Júnior, Alcides Aguiar, Carlos Prudêncio, Orli Rodrigues, Mazoni Ferreira, Vanderlei Romer, Fernando Carioni e Luiz Carlos Freyesleben, e, com votos vencidos, os Exmos. Srs. Des. Nicanor da Silveira, Ricardo Fontes, Cid Goulart e Salete Silva Somariva. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. Plínio Cesar Moreira.

Florianópolis, 31 de junho de 2006.

Francisco Oliveira Filho,
Presidente, com voto vencido;
Rui Fortes,
Relator.

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Nicanor da Silveira

Ousei divergir da douta maio-

ria diante do entendimento já sumulado pelo Supremo Tribunal Federal de que a "Concessão de mandado de segurança não produz efeitos patrimoniais em relação a período pretérito, os quais devem ser reclamados administrativamente ou pela via judicial própria" (Súmula 271), bem como de que "O mandado de segurança não é substitutivo de ação de cobrança" (Súmula 269).

Por essas razões, *data venia*, votei pela concessão da ordem, com efeitos a partir da impetração.

Nicanor da Silveira

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Ricardo Fontes

Divergi da douta maioria por idênticas razões constantes do voto vencido da lavra do Exmo. Sr. Des. Nicanor da Silveira, pedindo vênia para adotá-las como fundamento desta declaração.

Ricardo Fontes

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Cid Goulart

Diante da declaração de voto vencido do douto Des. Nicanor da Silveira (fl. 184), que expressou com maestria entendimento que comungo, desnecessária qualquer consideração suplementar acerca das razões do dissenso.

Pelo exposto, *data venia*, votei pela concessão da segurança.

Cid Goulart

Declaração de voto vencido da Exma. Sra. Desa. Salete Silva Sommariva

Dissenti da douta maioria pelos mesmos motivos expostos na declaração de voto vencido do eminente Des. Nicanor da Silveira (fl. 184), motivo pelo qual, por questão de brevidade e para se evitar fastidiosa tautologia, reporto-me às razões lá mencionadas.

Salete Silva Sommariva

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Francisco Oliveira Filho

Subscrevo *in totum* a declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Nicanor da Silveira (fl. 184), a qual, por brevidade, fica incorporada a esta manifestação.

Francisco Oliveira Filho

CÂMARA CIVIL ESPECIAL

AGRAVO (ART. 557, § 1º, DO CPC) EM AGRAVO DE INSTRUMENTO

AGRAVO (ART. 557, § 1º, DO CPC) EM AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 2006.018977-5/0001.00, DA CAPITAL

Relatora: Desa. Subst. Marli Mosimann Vargas

Agravo do art. 557, § 1º, do CPC, em agravo de instrumento – Decisão do relator que nega seguimento ao recurso – Representação sindical – Litígio entre sindicatos – Competência – Justiça do trabalho – EC n. 45/2004.

Após o advento da Emenda Constitucional n. 45, compete à Justiça do Trabalho processar e julgar os feitos decorrentes de litígios envolvendo representação sindical (CF, art. 114, III).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo (art. 557, § 1º, do CPC) em Agravo de Instrumento n. 2006.018977-5/0001.00, da comarca da Capital, em que é agravante Sindicato das Empresas de Segurança Privada do Estado de Santa Catarina, e agravado Sindicato das Empresas de Transporte Urbano de Passageiros da Grande Florianópolis:

ACORDAM, em Câmara Civil Especial, por votação unânime, negar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

Relatório

Sindicato das Empresas de Segurança Privada do Estado de Santa Catarina interpôs agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, contra decisão proferida pelo Juízo da 6ª Vara Cível da comarca da Capital que, nos autos da ação de cumprimento da obrigação de fazer que move contra Sindicato das Empresas de Transporte Urbano de Passageiros da Grande Florianópolis, declinou a competência do julgamento do feito para a Justiça do Trabalho.

Às fls. 29 e 30 foi negado seguimento ao recurso, por ser manifestamente inadmissível.

Irresignado, o agravante ingressou com agravo do art. 557, § 1º, do CPC, alegando os mesmos argumentos trazidos nas razões do agravo de instrumento.

Clama pelo conhecimento e provimento do presente recurso, para afastar a aplicabilidade do art. 557, *caput*, do CPC, determinando o regular processamento daquele reclamo, com seu provimento final.

Voto

Trata-se de agravo (art. 557, § 1º, do CPC) interposto com o desiderato de ver alterada a decisão monocrática que, nos autos da ação de indenização, negou seguimento ao agravo de instrumento por ser manifestamente admissível.

Conforme exarado pelo Togado singular e confirmado na decisão atacada pelo Relator, com a EC n. 45/2004, o Superior Tribunal de Justiça vem entendendo da leitura do preceito inserto no art. 114, III, da CF/88, que é competência da Justiça do Trabalho o julgamento das ações propostas por entidades sindicais, não só as que versam sobre representação mas para todas.

No caso em apreço, não há dúvidas acerca da competência da justiça do trabalho, uma vez que o Sindesp/SC suscita controle analítico sobre a utilização de seus créditos vales-transportes. Portanto a controvérsia diz respeito à sua atuação sindical.

Ao comentar a nova redação do dispositivo constitucional, recomendou Alexandre de Moraes:

"Compete à Justiça do Trabalho, nos termos da EC n. 45/04, processar e julgar as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; as ações que envolvam exercício do direito de greve; as ações sobre representação sindical, entre sindicatos, entre sindicatos e trabalhadores,

e entre sindicatos e empregadores; [...]" (*Direito constitucional*. 17. ed., São Paulo: Atlas, 2005, p. 518).

Nesse sentido, aliás, orienta a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, por seus julgados bem recentes:

"Direito sindical. Ação de cobrança. Contribuição sindical. Confederação nacional da agricultura – CNA. EC n. 45, art. 114, III, da CF. Norma de eficácia plena. Competência da Justiça do Trabalho.

"1. A decisão monocrática que ora se pretende reformar foi proferida com base em robustos fundamentos, havendo reproduzido o entendimento que já havia sido firmado pela Primeira Seção deste Tribunal acerca da matéria. Não há, portanto, como lhe imputar a pecha de falta de motivação.

"2. Após a Emenda Constitucional n. 45 a Justiça do Trabalho passou a deter competência para processar e julgar não só as ações sobre representação sindical (externa -- relativa à legitimidade sindical, e interna -- relacionada à escolha dos dirigentes sindicais), como também os feitos intersindicais e os processos que envolvam sindicatos e empregadores ou sindicatos e trabalhadores.

"3. As ações de cobrança de contribuição sindical propostas pelo sindicato, federação ou confederação respectiva contra o empregador, após a Emenda, devem ser processadas e julgadas pela Justiça Laboral. Precedentes da Primeira Seção.

"4. O TST, em recentes julgados sobre a matéria, reconheceu que, por força da EC n. 45, houve significativa ampliação de sua competência constitucional, que passou a abarcar, dentre outras, as causas ajuizadas por sindicato patronal contra empresa por ele representada, objetivando o recebimento de contribuição sindical (RR n. 804.986, rela. Juíza Convocada Rosa Maria Weber Candiota da Rosa, DJ de 20-5-05; RR n. 49.046, rel. Min. Aloysio Corrêa da Veiga, DJ de 6-5-05; RR n. 99.207, rel. Min. João Batista Brito Pereira, DJ de 13-5-05 e RR n. 69.235, rel. Juiz Convocado Ricardo Machado, DJ de 3-6-05).

"5. A regra de competência prevista no art. 114, III, da CF é norma de eficácia plena e produz efeitos imediatos, a partir da publicação da EC n. 45/04, atingindo os processos em curso, ressalvado o que já fora decidido sob a regra de competência anterior.

"6. Agravo regimental improvido" (STJ, 2ª Turma, AgRg nos EDcl no REsp. n. 714.951/PR, rel. Min. Castro Meira, j. em 4-8-2005, DJU 12-9-2005 p. 297; *idem*, do mesmo Relator, CC n. 47.466/SP e 48.691/PR, j. em 8-6-2005, DJU de 1º-8-2005, p. 304; e REsp. n. 406.623/PR,

j. em 3-5-2005, DJU de 1º-7-2005, p. 464).

Da mesma forma, extrai-se da jurisprudência deste Sodalício:

"Ação declaratória de reconhecimento de direito. Sindicato postulando a cobrança das contribuições e taxas. Discussão acerca de ser o Sindiconde ou o Secovi, o sindicato compente para requerer os valores. Reforma do Poder Judiciário. Emenda Constitucional n. 45. Competência da Justiça do Trabalho. Litígio que versa sobre representação sindical. Inteligência do art. 114, inciso III, da Constituição da República Federativa do Brasil. Remessa à Justiça do Trabalho. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça e desta Corte.

"Com o advento da Emenda Constitucional n. 45, de 8-12-2004, é competência da Justiça do Trabalho o processamento e julgamento dos feitos envolvendo representação sindical entre sindicatos, em conformidade com o disposto no inciso III, art. 114, da Constituição Federal" (Ap. Cív. n. 1998.003012-9, rel. Des. Subst. Jorge Schaefer Martins).

E na mesma alheta:

"Cobrança -- Contribuição sindical –Art. 114, III, da CF/88, com redação dada pela EC n. 45'/2004 – Competência da Justiça do Trabalho.

'A 1ª Seção, apreciando Questão de Ordem no REsp n. 727.196, Min. José Delgado, julgada em 25-5-2005, decidiu que a competência para apreciação das causas promovidas por entidades sindicais visando à cobrança de contribuição sindical é da Justiça do Trabalho, em face do que dispõe o art. 114, III, da CF com a redação dada pela EC 45, cuja aplicação é imediata, alcançando os processos em curso' (STJ -- CC n. 49.557/MG, rel. Min. Teori Albino Zavascki)" (Ap. Cív. n. 2005.025272-1, rel. Des. Subst. Jaime Ramos).

"Conflito negativo de competência -- Ações declaratórias e medida cautelar -- Litígio que versa sobre representação sindical -- Registro civil e fixação da base territorial de sindicatos -- Competência da Justiça do Trabalho -- Emenda Constitucional n. 45/2004 -- Modificação do artigo 114, inciso III, da Constituição da República Federativa do Brasil -- Remessa à Justiça do Trabalho -- Precedentes jurisprudenciais -- Conflito prejudicado.

"A Emenda Constitucional n. 45, de 8-12-2004, modificou, entre outros, o artigo 114 da Constituição Federal que passou a preceituar, no seu inciso III, como sendo de competência da Justiça do Trabalho os litígios envolvendo representação sindical entre sindicatos, entre sindicatos e trabalhadores e entre sindicatos e empregadores" (Conflito

de Competência n. 2004.027036-2, rel. Des. Fernando Carioni).

Por derradeiro, a negativa de seguimento ao agravo de instrumento foi medida acertada e o desprovimento do presente agravo inominado é a medida que se impõe.

Decisão

Nos termos do voto da Relatora, esta Câmara Civil Especial, à unanimidade de votos, resolve negar provimento ao recurso.

Participou do julgamento o Exmo. Sr. Des. Subst. Jaime Luiz Vicari.

Florianópolis, 27 de julho de 2006.

Wilson Augusto do Nascimento,
Presidente, com voto;
Marli Mosimann Vargas,
Relatora.

GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO CIVIL

AÇÃO RESCISÓRIA

AÇÃO RESCISÓRIA N. 2003.009013-4, DE LAGUNA

Relator: Des. Luiz Carlos Freyesleben

Processual civil. Ação rescisória. Indenização por danos morais e estéticos. Alegação de erro pela desconsideração de fato existente (CPC, art. 485, IX, e § 1º). Inocorrência. Manifestação judicial sobre o tema. Violação de literal dispositivo de lei (CPC, art. 485, V). Salário mínimo utilizado como índice de correção monetária. Vedação constitucional (CF, art. 7º, IV). Acórdão parcialmente rescindido.

Impõe-se a procedência do pedido rescisório quando presente uma das hipóteses previstas no artigo 485 do Código de Processo Civil.

Em face da vedação prevista no artigo 7º, inciso IV, da Constituição Federal, o salário mínimo não pode servir de parâmetro para a fixação de indenização por dano moral e estético, mormente quando utilizado como índice de correção monetária.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Rescisória n. 2003.009013-4, da comarca de Laguna (1ª Vara), em que é autora Laguna Navegação Ltda. e réu Carmino Josué da Silveira:

ACORDAM, em Grupo de Câmaras de Direito Civil, por votação unânime, julgar parcialmente procedente a ação rescisória.

Custas de lei.

Relatório

Laguna Navegação Ltda. deflagrou ação rescisória contra Carmino Josué da Silveira, visando à desconstituição do acórdão de fls. 18 a 25 que, nos autos da Apelação Cível n. 2001.008133-4, desproveu o recurso e manteve a sua condenação para indenizar o então autor apelado por danos morais estimados em 100 salários mínimos e por danos estéticos em 200 salários mínimos.

Alegou que a indenizatória foi ajuizada por Carmino Josué da Silveira em razão de acidente ocorrido em 7-11-1995, quando esse entrou na balsa de propriedade da autora como pedestre, mas, de modo imprudente, parou para conversar com um amigo entre dois automóveis estacionados. Disse que a balsa ainda estava atracada quando nela ingressou um caminhão sem freios que abalroou o utilitário Chevy D-10 que imprensou o réu contra um automóvel Fiat 147 e feriu-lhe a perna esquerda, posteriormente amputada na altura do fêmur.

Disse que a balsa reserva local adequado para os passageiros durante a travessia, e a vítima confessou, em depoimento na polícia, que usava aquele meio de transporte quase diariamente, razão por que sabia da irregularidade e do perigo de postar-se entre os automotores.

Anotou que o acórdão rescindendo contém erro de fato, consubstanciado na falta de consideração da confissão de culpa da vítima à autoridade policial e no desprezo do depoimento da testemunha colhido na 2ª Delegacia de Polícia de Laguna. Afirmou que a culpa exclusiva da vítima é causa excludente da responsabilidade objetiva, daí a necessidade de atentar-se para o fato a fim de bem julgar a lide.

Finalmente, disse da violação aos artigos 7º, IV, da Constituição Federal, 1º da Lei n. 6.205/75 e 3º da Lei n. 7.789/89, porque a Câmara analisou o apelo e manteve a indenização no valor fixado na sentença, mesmo sabendo da proibição constitucional do uso do salário mínimo como fator

de correção monetária.

Requereu a rescisão do acórdão e o reconhecimento da culpa exclusiva da vítima para arredar sua responsabilidade objetiva pelo acidente. Sucessivamente, pleiteou a conversão do valor da indenização em importância certa e em moeda corrente nacional.

Carmino Josué da Silveira contestou.

Disse que o local em que estava no momento do acidente é fato ultrapassado porque amplamente debatido no processo indenizatório. Por isso, a espécie não comporta o aforamento da rescisória com vistas ao reexame de provas já apreciadas no acórdão rescindendo.

De outra parte, anotou que a autora não comprovou os requisitos do artigo 485 do Código de Processo Civil, razão por que requereu a improcedência do pedido e a concessão da assistência judiciária gratuita.

Não houve réplica (fl. 119).

Voto

Trata-se de ação rescisória ajuizada por Laguna Navegação Ltda. contra Carmino Josué da Silveira, com vistas à desconstituição do acórdão de fls. 18 a 25 que desproveu a Apelação Cível n. 2001.008133-4 e manteve a condenação da empresa a pagar ao autor indenização por danos morais e estéticos estimados em 100 salários mínimos e 200 salários mínimos, respectivamente.

Antecipa-se o julgamento da lide, nos termos do artigo 330, I, do Código de Processo Civil, por tratar-se de questão exclusivamente de direito.

São dois os fundamentos legais evocados pela autora com vistas à desconstituição do julgado: a desconsideração de fato efetivamente ocorrido (CPC, art. 485, IX) e a violação de literal disposição de lei (CPC, art. 485, V). Esta a redação dos dispositivos:

"Art. 485. A sentença de mérito, quando transitada em julgado, pode ser rescindida quando:

[...]

"V – violar literal disposição de lei;

[...]

"IX – fundada em erro de fato, resultante de atos ou de documentos da causa.

"§ 1º Há erro, quando a sentença admitir um fato inexistente, ou quando considerar inexistente um fato efetivamente ocorrido".

Laguna Navegação Ltda.

afirma que o acórdão rescindendo considerou inexistente o fato de Carmino Josué da Silveira haver admitido à autoridade policial que se postara a fim de conversar em espaço proibido para pedestres, motivo pelo qual foi imprensado entre dois veículos. Também alegou que a decisão não levou em consideração as declarações das testemunhas, que confirmaram a versão de culpa da vítima.

A autora não tem razão.

É evidente que o acórdão considerou que Carmino Josué da Silveira não estava no lugar destinado a pedestres no momento do acidente, mas, ainda assim, arredou a alegação de culpa exclusiva da vítima, por entender ser obrigação da empresa transportadora vigiar e orientar os passageiros para os perigos do não-atendimento às normas do uso da balsa. E tanto é assim que se colhe do acórdão:

"Não se diga, ainda, que o acidentado obrou com culpa no evento, em razão de ter permanecido em local impróprio para pessoas, pois incumbe à transportadora fiscalizar a permanência das pessoas no local indicado, o que, pelo que se pôde perceber, não era realizado pela apelante.

"[...] Assim, inabalável a sentença *a quo* que atribuiu a responsabilidade objetiva à apelante, independente de dolo ou culpa, somente podendo ser elidida em caso fortuito, força maior ou culpa exclusiva da vítima, fatos estes que não se vislumbram dos autos" (fl. 23).

Como visto, o fato de a vítima estar em local impróprio para pedestres foi objeto do pronunciamento judicial, tornando impossível a rescisão do acórdão, nos termos do parágrafo segundo do artigo 485 do Código de Processo Civil, que reza que "é indispensável [...] que não tenha havido controvérsia, nem pronunciamento judicial sobre o fato" para que a decisão possa ser rescindida. Na hipótese, o tema foi apreciado pelo acórdão.

Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery trazem a lume repertório jurisprudencial sobre o tema (*in* Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante. 7. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. v. I. p. 833):

"Somente ocorre erro de fato a ensejar a rescisória quando for admitido um fato inexistente ou considerado inexistente um fato efetivamente ocorrido, sendo indispensável em ambos os casos que não tenha havido controvérsia nem pronunciamento judicial sobre o fato" (STJ, REsp. n. 8830/SP, rel. Min. Garcia Vieira, j. 27-11-1991).

"É impossível a rescisão de sentença, com fundamento no CPC 485, IX, se o fato em torno do qual teria ocorrido erro foi objeto de controvérsia ou pronunciamento judicial no processo de que resultou a decisão rescindenda (CPC 485, § 2º)" (STJ, AR 246, rel. Min. Gomes de Barros, j. 18-2-1992).

Ao que parece, a intenção da autora é de apenas discutir o acerto ou desacerto do *decisum* rescindendo, e, na lição de Humberto Theodoro Júnior, há que se "interpretar restritivamente a permissão de rescindir a sentença por erro de fato e sempre tendo em vista que a rescisória não é remédio próprio para a verificação do acerto ou da injustiça da judicial, tampouco meio de reconstituição de fatos ou provas deficientemente expostos no processo findo" (Curso de direito processual civil. 41. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. I, p. 421).

Destarte, não se prestando a ação rescisória a "apreciar a boa ou má interpretação dos fatos, ao reexame da prova produzida ou a sua complementação" (STJ, REsp. n. 147796/MA, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 28-6-1999), não há falar em rescisão do acórdão sob esse aspecto. É a orientação desta Corte:

"Ação rescisória -- Reparação de danos causados em acidente de trabalho -- Art. 485, V e IX, § 1º, do CPC -- Não configuração de violação literal de disposição de lei ou de erro de fato. Improcedência.

"É impossível em sede de ação rescisória a revisão de provas, tendo em vista que as hipóteses de cabimento restringem-se às elencadas no art. 485 do CPC, onde não se encontra prevista esta possibilidade.

"Inviável se faz a ação rescisória para novo julgamento da causa ou para rediscutir as questões de direito controvertidas. Súmula 343. Não cabe, em ação rescisória, reexaminar a matéria de fato apreciada no acórdão. Se foi equivocado o exame dessa prova, ou não, a ação rescisória não é o meio adequado a enfrentar esse tema, sendo certo que não se sustenta, na demanda rescisória, haja o aresto rescindendo se fundamentado em prova falsa' (Min. Néri da Silveira)" (AR n. 1998.002601-6, de São Bento do Sul, rel. Des. Dionízio Jenczak, j. 2-4-2005).

"Ação rescisória -- Alegativa de violação à literal disposição de lei e ofensa a coisa julgada -- Inocorrência -- Reapreciação de prova pericial -- Matéria já apreciada no aresto rescindendo.

"Não há violação à literal disposição de lei que justifique a rescisão do *decisum*, quando as questões

trazidas na rescisória referentes à prova pericial já foram objeto de apreciação no acórdão trânsito em julgado, não podendo ser rediscutido nesta via processual, que está restrita às hipóteses do art. 485 do CPC" (AR n. 2003.013276-7, de Criciúma, rel. Des. Volnei Carlin, j. 10-8-2005).

No que pertine à segunda alegação da autora, ou seja, naquilo que diz respeito à fixação de indenização por danos morais e estéticos em salários mínimos, tem ela razão, pois o que há é violação de literal disposição de lei, especificamente aos artigos 7º, IV, da Constituição Federal, 1º da Lei n. 6.205/75 e 3º da Lei n. 7.789/89.

É que a Constituição Federal veda, em seu artigo 7º, IV, a vinculação do salário mínimo para qualquer fim. Por isso mesmo, os tribunais pátrios têm entendido que, ainda que se admita a avaliação do valor dos danos morais em salários mínimos, não se tolera, ante a visível ofensa a preceito constitucional, que a indenização venha a tomar o salário mínimo como base da indenizatória e, ao mesmo tempo, como índice correcional da moeda.

É a orientação do Supremo Tribunal Federal:

"Dano moral. Fixação de indenização com vinculação a salário mínimo. Vedação constitucional. Art. 7º, IV, da Carta Magna.

"-- O Plenário desta Corte, ao julgar, em 1º-10-97, a Adin n. 1.425, firmou o entendimento de que, ao estabelecer o artigo 7º, IV, da Constituição, é vedada a vinculação ao salário mínimo para qualquer fim e 'quis evitar que interesses estranhos aos versados na norma constitucional venham a ter influência na fixação do valor mínimo a ser observado'.

"-- No caso, a indenização por dano moral foi fixada em 500 salários mínimos para que, inequivocamente, o valor do salário mínimo a que essa indenização está vinculado atue como fator de atualização desta, o que é vedado pelo citado dispositivo constitucional [...]" (RE n. 225.488-1/PR, rel. Min. Moreira Alves, j. 11-4-2000).

Segue a mesma trilha esta Corte de Justiça:

"Dano moral -- Indenização -- Fixação do *quantum* indenizatório em 200 salários mínimos -- Vedação constitucional (art. 7º, IV, CF) -- Precedente do STF -- Estipulação em verba pecuniária fixa -- Indenização arbitrada em R$ 40.000,00 (quarenta mil reais), em face das circunstâncias do caso" (Ap. Cív. n. 1999.002364-8, de Balneário Camboriú, rel. Des. Volnei Carlin, j. 23-5-2002).

Na hipótese, o acórdão rescindendo examinou o apelo no tocante ao valor da indenização e manteve a vinculação do fator correcional ao

salário mínimo nos exatos termos da sentença, *verbis*: "tendo as indenizações sido fixadas em salários, não há o que se falar em correção monetária, já que por ocasião do pagamento será utilizado o salário mínimo vigente".

Inquestionável, pois, a contrariedade à norma constitucional, havendo ensejo a que se conceda a rescisão parcial do acórdão, somente para converter o valor da indenização fixada em salários mínimos em importância certa, utilizado o valor do salário mínimo à época da decisão (R$ 136,00), com a correção monetária pelo INPC a contar da data da sentença de primeiro grau. No mais, mantém-se o acórdão rescindendo por seus próprios termos, ao tempo em que se concede ao réu a assistência judiciária gratuita.

Não é demais salientar que, "de acordo com precedentes do Superior Tribunal de Justiça, tendo em vista o sobrelevo da matéria, a Súmula 343/STF não se aplica quando a afronta em que se funda a ação rescisória se referir a texto constitucional de interpretação controvertida nos Tribunais" (AR n. 1996.008038-4, da Capital, rela. Desa. Salete Silva Sommariva, j. 7-4-2004).

Com a rescisão parcial do acórdão, havendo a autora decaído de parte significativa do pedido, reconhece-se a sucumbência parcial e condenam-se os litigantes ao pagamento das despesas processuais, distribuídas na proporção de 75% para a autora e 25% para o réu, além de honorários advocatícios fixados em R$ 500,00 em favor do patrono da autora e R$ 1.500,00 em benefício do advogado do réu. Suspende-se a exigibilidade da verba sucumbencial em relação a Carmino Josué da Silveira, nos termos do artigo 12 da Lei n. 1.060/50.

Pelo exposto, julgo parcialmente procedente o pedido para converter o valor da indenização por danos morais e estéticos de 100 e 200 salários mínimos para R$ 13.600,00 e R$ 27.200,00, respectivamente, com correção monetária a partir da data da sentença (27-7-1999) e com juros nos termos da decisão de primeiro grau. Condeno a autora ao pagamento de 75% das custas processuais e de honorários advocatícios em favor do advogado do réu de R$ 1.500,00, bem como condeno o réu a pagar o equivalente a 25% das despesas processuais e verba honorária de R$ 500,00 ao patrono da autora, suspensa a exigibilidade dos valores conforme o artigo 12 da Lei n. 1.060/50.

Determino a restituição do depósito de 5% do valor da causa à autora, com fulcro no artigo 494 do Código de Processo Civil.

Decisão

Nos termos do voto do Relator, julgaram parcialmente procedente a ação rescisória.

Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Monteiro Rocha, Marcus Túlio Sartorato, Maria do Rocio Luz Santa Ritta, Des. Subst. Jorge Schaefer Martins, Sérgio Izidoro Heil e Joel Figueira Júnior e Des. Fernando Carioni.

Florianópolis, 12 de julho de 2006.

Carlos Prudêncio,
Presidente para o acórdão;
Luiz Carlos Freyesleben,
Relator.

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

APELAÇÕES CÍVEIS

APELAÇÃO CÍVEL N. 2003.023679-1, DE BRUSQUE

Relatora: Desa. Maria do Rocio Luz Santa Ritta

Incorporação imobiliária. Atraso na ultimação das obras e na entrega de unidade habitacional. Sociedade de fato. Legitimidade e responsabilidade da apelante. Danos anímicos. Insubsistência. Recurso parcialmente provido.

1. Comprovado nos autos que a empresa apelante e a co-ré, à época da alienação da unidade habitacional, apresentavam vida societária comum e unidade orgânica, formando, no plano dos fatos, uma só empresa em que se somavam os esforços para a prestação de serviços de engenharia no mercado imobiliário, ambas respondem solidariamente pelo atraso na ultimação das obras e na entrega do produto. A posterior ruptura da sociedade de fato, encarregando apenas a co-ré de ultimar as construções, não vê retrotraídos os efeitos de sorte a derruir a solidariedade em relação àqueles que, de boa-fé, haviam adquirido previamente as unidades habitacionais, subsistindo eventual direito de regresso em face da responsável inadimplente.

2. O incorporador "é a figura axial do empreendimento. Perante os adquirentes ele assume uma obrigação de resultado, vale dizer, de levar a construção a um bom termo, coordenando para isso todas as partes interessantes (construtor, compradores, dono do terreno, financiadores, etc.) do que lhe resulta responsabilidade civil e criminal em caso de deficiente ou maliciosa execução do negócio. Cabe-lhe, de início, escolher o construtor e supervisionar a execução das obras. Se escolher mal ou se falhar na sua tarefa de controlar o construtor no cumprimento de suas obrigações, terá que responder não só perante terceiros, como também perante os condôminos, pelos prejuízos que sofrerem" (Nascimento Franco e Nissei Gondo, Incorporações Imobiliárias. 3. ed., São Paulo: RT, 1991, p. 107).

3. "Rescisão contratual. Compromisso de venda e compra. Obra não concluída depois de cerca de três anos da contratação. Compradores que pagaram todas as prestações previstas até a entrega das chaves. Culpa da compromissária-vendedora reconhecida. Rescisão decretada, com a devolução das parcelas adimplidas, acrescidas de juros e correção monetária. Indenização por dano moral que, contudo, não é devida. Inexecução de contrato que dá ensejo, no mais das vezes, apenas a dissabores de um negócio frustrado. Recurso da ré parcialmente provido. – 'Indenizável é o dano moral sério, aquele capaz de, em uma pessoa normal, o assim denominado homem médio, provocar grande perturbação nas relações psíquicas, na tranqüilidade, nos sentimentos e nos afetos. Não há como presumir, por certo, a ocorrência de abalo de tal ordem quando decorrente de inexecução culposa de um contrato, que dá ensejo, no mais das vezes, apenas a dissabores de um negócio frustrado. É essa a hipótese dos autos, de modo que injustificável, a meu

ver, a imposição de ressarcimento por alegado dano de natureza moral' (TJSP – 1ª C. Dir. Privado – Ap. 127.824-4/1 – rel. Elliot Akel – j. 25-6-2002 – JTJ-LEX 258/35)" (Tratado de responsabilidade civil. 6. ed. São Paulo: RT, 2004, p. 1.682).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2003.023679-1, da comarca de Brusque (1ª Vara), em que é apelante Gevaerd Engenharia Ltda., e apelada Claudete Bonfanti:

ACORDAM, em Primeira Câmara de Direito Civil, por maioria de votos, dar provimento parcial ao recurso.

Custas de lei.

Relatório

Na 1ª Vara da comarca de Brusque, Claudete Bonfanti aforou "ação de indenização por perdas e danos morais e materiais" contra Gevaerd Engenharia Ltda. e CRS Engenharia Ltda., objetivando a condenação das demandadas, em caráter solidário, a ressarci-la dos prejuízos suportados em decorrência de atraso na conclusão e na entrega de unidade habitacional situada no Edifício Residencial Ana Helena, comprada em fase de construção.

Em razões exordiais relatou que, no final do mês de maio de 1994, com o auxílio dos serviços da Imobiliária MS Imóveis, firmou com a ré Gevaerd Engenharia Ltda. um compromisso particular de compra e venda. O pacto envolvia a Unidade Habitacional n. 801 do Edifício Residencial Ana Helena, em fase de construção. Na ocasião, o prazo para a conclusão das obras e para a entrega do apartamento e das áreas comuns foi projetado no tempo para cerca de 12 (doze) meses, expirando em maio de 1995. Tal prazo, não obstante, transcorreu em branco. Em virtude disso, a autora e os demais adquirentes expediram notificações endereçadas às rés (em janeiro e junho de 1997), e até representaram com notícia-crime na Delegacia competente. Como tais providências resultaram inócuas, os co-adquirentes das unidades autônomas, usando da faculdade a que alude o art. 43, VI, da Lei n. 4.591/64, destituíram a incorporadora e construtora, aportando na obra os recursos correspondentes às parcelas remanescentes. Contudo, em assumindo a construção, verificaram diversas irregularidades no procedimento de legalização do edifício: a obra não tinha registro na Prefeitura, a incorporação não se

via averbada no Registro Imobiliário e as obrigações tributárias (INSS) estavam em aberto. Assim, a preço de custo e com esses problemas, o edifício foi concluído com aproximados três anos de atraso (novembro de 1998). Nesse meio tempo, contudo, relatou que teve de desembolsar R$ 9.171,45 a título de alugueres, e R$ 2.375,94 com despesas necessárias ao acabamento interno da unidade, totalizando R$ 12.474,11 sob o rótulo de danos materiais. Suportou, ainda, inúmeras desilusões com o sonho da casa própria, configurando-se o dano moral. Com base nisso, requereu a condenação solidária das demandadas, bem como dos respectivos sócios, ao pagamento dos danos morais e materiais relacionados ao episódio.

Citadas as rés, apenas a Gevaerd Engenharia Ltda. apresentou contestação. Preliminarmente, argüiu ilegitimidade passiva *ad causam*, sustentando que o contrato de compromisso de compra e venda, do qual consta como vendedora, foi assinado de cambulhada em meio a inúmeros outros documentos existentes na Imobiliária MS. Assim, ao apor-lhe a firma, o representante da empresa não atentou para a particularidade de que, em rigor, deveria constar como vendedora a empresa e CRS Engenharia Ltda., que de fato alienara o imóvel. Nesses termos, estima "impossível alguém que não possui qualquer vínculo com uma determinada coisa, assumir a responsabilidade da mesma". No mérito, aventou que a autora estava inadimplente com a prestação pecuniária devida, não podendo, assim, reclamar pelo descumprimento contratual representado pelo atraso (art. 1.092 do CC/16). É que, após a parcela inicial de entrada, a autora passou a pagar as prestações faltantes à CRS Engenharia Ltda., estando inadimplente para com a Gevaerd Engenharia Ltda. Patrocinou, ademais, que teve no negócio função adstrita de projetar o Residencial Ana Helena. A construção, todavia, ficou exclusivamente sob os auspícios da CRS Engenharia Ltda., "não restando, pois, qualquer dúvida sobre a responsabilidade pela não entrega do empreendimento". Impugnou as quantias requestadas a pretexto de danos materiais e morais, aduziu não ser o caso de desconsideração da personalidade jurídica e requereu, com isso, a improcedência dos pleitos iniciais.

Em apenso, repousam incidentes de impugnação à concessão de assistência judiciária e de impugnação ao valor da causa.

Instruído o feito, com a produção de prova testemunhal e de depoimentos pessoais, e apresentadas alegações finais por ambas as partes, sobreveio sentença com a seguinte parte dispositiva:

"Julgo procedente o pedido e, em conseqüência, condeno as rés

a ressarcir à autora os valores dos alugueres por ela desembolsados, constantes dos recibos juntados às fls. 90 a 103, num total de 40 (quarenta), e, ainda, os valores constantes dos dois primeiros recibos de fl. 109 e dos recibos de fl. 110, concernentes aos serviços de mão-de-obra para acabamento do imóvel. Essas importâncias deverão ser corrigidas monetariamente a contar de seus respectivos pagamentos e acrescidas de juros legais de 6% ao ano a contar da citação.

"Condeno as rés, também, a indenizar a autora em perdas e danos pelos materiais e equipamentos utilizados para dar continuidade e acabamento às obras de construção do apartamento negociado, cuja importância deverá ser apurada em liquidação de sentença, observando-se os termos da fundamentação acima consignada. Deverão as rés, ainda, indenizar a autora em danos morais, no valor equivalente a 40 (quarenta) salários mínimos vigentes nesta data, acrescidos de juros legais a partir da citação.

[...]"

Inconformada, Gevaerd Engenharia Ltda. interpôs recurso de apelação. Após breve escorço dos fatos, repristinou a preliminar de ilegitimidade passiva, tendo em vista que a negociação a incumbia apenas de realizar os projetos arquitetônicos, mas não de executar as obras. Tal tarefa ficou a cargo da CRS Engenharia Ltda., de modo que as conseqüências do atraso são de responsabilidade exclusiva desta. Alegou, ademais, que as parcelas do contrato respeitantes à execução da obra foram pagas diretamente à CRS Engenharia Ltda., e que, portanto, não pode a autora exigir da Gevaerd Engenharia Ltda. que responda por essa execução. Pugnou pela extinção ou improcedência do feito. Alternativamente, pediu se levante ou minore a condenação correspondente aos danos morais.

Com as contra-razões, ascenderam os autos.

Voto

Não procede a prefacial, aventada em contra-razões, de inépcia do recurso. Este, e fácil é perceber, não se reduz à mera encampação dos argumentos externados na contestação, mas ataca especificamente os fundamentos da sentença (fl. 264), "mesmo que, no decorrer das razões, utilize-se, também, de argumentos já declinados em outras peças anteriores" (cf. Theotonio Negrão. Código de Processo Civil e legislação processual civil em vigor. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 562). Não se está, assim, diante de mera remissão aos fundamentos pretéritos, em comodismo incompatível com a atual sistemática processual,

senão de recurso apto ao processo e julgamento.

Isso posto, a análise do apelo segue em tópicos.

1. Legitimidade e responsabilidade da incorporadora

Bem de ver que a autora, por força de um compromisso particular de compra e venda (fls. 35 e 36) e da cessão dos direitos decorrente de um contrato preexistente (fls. 165 a 167v.), negociou com a empresa Gevaerd Engenharia Ltda. a unidade habitacional n. 801 do Edifício Residencial Ana Helena, ainda em fase de construção. Tal apartamento fora previamente transferido à Gevaerd Engenharia Ltda. pela empresa CRS Engenharia Ltda. (fls. 143 e 144), e do contrato originário de translação constava a obrigação, por parte desta última empresa, de acabar as obras e entregar a unidade à Gevaerd Engenharia Ltda. Com base nisso, e noutras circunstâncias mais, tais como um "Termo de Compromisso e Reconhecimento de Responsabilidade" (fl. 145), sustenta a recorrente que a execução das obras era tarefa afeita, com exclusividade, à empresa CRS, não se podendo, assim, responsabilizá-la por um atraso que não lhe é assacável.

Não prospera a tese, presentes tanto a legitimidade, em plano abstrato, quanto a responsabilidade, em plano concreto, da Gevaerd Engenharia Ltda.

Com efeito, o plexo probatório exprime que as sociedades empresárias Gevaerd e CRS, na realidade, eram uma só à época da alienação da unidade habitacional. Tinham vida societária comum e unidade orgânica. Note-se, por exemplo, que Ronaldo dos Santos, quotista majoritário da empresa CRS, era sócio de Eduardo Gevaerd na empresa Gevard Engenharia Ltda., e que entre as empresas havia visível confusão gerencial. Em determinados negócios, as sociedades somavam esforços para a consecução dos objetivos comuns de que se consolida a prestação de serviços de engenharia no mercado imobiliário, de modo que uma complementava os projetos idealizados pela outra. Conquanto juridicamente diversas, traduziam, assim, no plano dos fatos, uma só sociedade em comum, uma pessoa jurídica própria, em "unindo seus esforços e dirigindo suas finalidades para a realização dos fins comuns" (Caio Mário da Silva Pereira. Instituições de Direito Civil. vol. I, 19. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 185).

No sentido dessa sociedade de fato apontam os depoimentos de Moacir Carlos da Silva e Marcos da Silva (fls. 217 e 218 e 219 e 220), sócios da Imobiliária MS, com a qual as empresas mantinham estreita relação, de Eduardo Gevaerd, sócio da Gevaerd Engenharia Ltda. (fls. 205 e 206), e do contador José Luiz Faria (fls. 212 e 213), além do termo de compromisso.

Por evidente, descabe analisar a fundo os meandros desse enleio societário. Suficiente é consignar que, no caso, havia uma união de fato mais ou menos intensa entre as empresas CRS e Gevaerd. E tanto isso é verdade que o "Termo de Compromisso e Reconhecimento de Responsabilidade", datado de 21 de fevereiro de 1997, consigna que "O Residencial Ana Helena passou a ser de responsabilidade exclusiva de CRS Engenharia Ltda. e Ronaldo dos Santos, desde a dissolução da sociedade de fato entre CRS Engenharia Ltda. e Gevaerd Engenharia Ltda., isto em 30 de junho de 1994". Nessa contextura, sendo as sociedades uma só na época da negociação com a autora (24 de maio de 1994), não importa o representante de qual delas assinou a venda, porque o fazia, no momento, em nome de ambas, e a ambas obrigava. Tampouco importa para quem a autora pagava as prestações, porque, adimplindo com uma, remunerava reflexamente a outra, conexa à primeira, na medida de suas atribuições apuradas em posterior distribuição. Com esse entendimento as alegações recursais esmaecem (fls. 265 a 267). Ressalte-se que a ruptura entre as empresas não vê retrotraídos os efeitos de sorte a desonerar qualquer delas em relação aos que já haviam adquirido unidades habitacionais. Serve, antes pelo contrário, apenas entre as empresas e diante daqueles que negociassem individualmente com a responsável após a desunião.

Nesse contexto o jogo do "empurra-empurra", como se as empresas, diante da contratação, sempre tivessem atuação e personalidade próprias, não vige perante a autora, consectário, até, da teoria da aparência (cf. Pontes de Miranda transcritas, citado por Arnaldo Rizzardo, em Revista Ajuris, vol. 24, ano IX, 1982, p. 227 e 228). Não é lídimo, assim, a qualquer delas simplesmente largar o barco em face dos terceiros que contrataram de boa-fé, podendo, se for o caso, indenizar e exercer o direito de regresso voltando-se contra a outra, que assumiu expressamente a responsabilidade sobre as obras.

Mas não é só. Ainda que não se considerassem as empresas, perante a autora, uma só no plano fático, e que se pudesse individualizar as respectivas atuações, de forma a competir somente à CRS a construção, ainda assim responderia a Gevaerd em virtude de sua esfera de atribuições no empreendimento. Conforme habilmente observado pela sentença, em conclusão não atacada especificamente em sede de recurso, os depoimentos de fls. 205 e 206 e de fl. 208, em conjunto com os demais elementos de convicção e com a função de realização dos projetos, denotam que a Gevaerd Engenharia Ltda. exercia na contratação a função de incorporadora. Tal peculiaridade a

torna responsável pela regularização da obra e pela entrega aos adquirentes no tempo contratado.

Deveras, nos empreendimentos imobiliários, o incorporador, figura autorizada por lei (arts. 29 e 31, da Lei n. 4.591/64), pode ser definido como o indivíduo que procura o proprietário de um determinado terreno e lhe propõe a realização, nesse terreno, de uma edificação ou de um prédio coletivo. Como não dispostos, proprietário e incorporador, a injetar os recursos necessários ou a levantá-los em empréstimo com alto custo de captação, o incorporador, antes de mais nada, obtém do proprietário uma estipulação escrita das condições em que este submete o terreno ao empreendimento. Alcançada essa configuração inicial das exigências do proprietário, o incorporador idealiza ou contrata a idealização do projeto arquitetônico do complexo, levando-o ao construtor, se não o for ele mesmo. Com isso obtém o orçamento. Dados em mãos, o incorporador calcula o aspecto econômico do negócio (lucro, participação do proprietário do terreno, custo da obra, etc.) e oferece à venda as unidades, cujo preço é fixado em função de tais cálculos. Aí tem início a capitalização da obra, finda a qual começam as construções, que podem ser por empreitada (contratação de empreiteira) ou por administração do incorporador (contratação de responsável técnico, operários, fornecimento de materiais, etc.). No séquito desse procedimento de construção, compete ao incorporador regularizar a transferência do domínio das quotas ideais do terreno, obter o "habite-se" das autoridades municipais e escriturar a convenção de condomínio.

Conforme Caio Mário da Silva Pereira, é esse, em linhas gerais, o plexo de atribuições do incorporador, nem sempre, contudo, seguido à risca. Às vezes "o incorporador é o próprio construtor; outras vezes é o proprietário. Umas vezes o incorporador adquire o terreno, outras ajusta com o dono deste a edificação mediante a entrega de partes do prédio (certo número de apartamentos ou de lojas)" (Condomínio e Incorporações. 10. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 233). Em qualquer caso, continua o autor, é "impossível definir o incorporador dentro de fórmula tradicional das figuras componentes de qualquer contrato típico. Ele é um corretor, porque efetua a aproximação do dono do terreno com os compradores; mas é mais do que isso. É um mandatário, porque opera em nome do proprietário junto aos compradores; e porque os representa junto ao construtor, aos fornecedores etc. É um gestor de negócios, porque, em todas as circunstâncias eventuais, defende oficiosamente os interesses de seus clientes, de um lado e de outro lado. É um industrial de construção civil. E às vezes um banqueiro-financiador. É um comerciante". Representa na

relação jurídica, enfim, em hábil definição, "um pouco de tudo".

Diante desse extenso quadro de funções, ainda que prevalecesse a versão, reconhecida na sentença e não atacada no recurso, de que a Gevaerd Engenharia Ltda. atuara como incorporadora numa construção por empreitada, sendo empreiteira a CRS Engenharia Ltda., mesmo assim subsistiria a responsabilidade da primeira pelo atraso na construção das unidades habitacionais. É que, segundo Caio Mário, na obra citada, "Compete ao incorporador planejar a obra, redigir as propostas e os contratos, obter o projeto arquitetônico, fazê-lo aprovar pela autoridade, tudo em termos tais que o edifício se constrói segundo o plano do incorporador, e o condomínio se constitui na forma da minuta por ele redigida. [...] Com ele não se confundem as pessoas que contrataram a prestação de serviços, a execução de obras ou o financiamento de materiais ou utilidades integrativas do edifício. Na sua qualidade de incorporador age *in nomine* suo e por direito próprio. Deve, pois, suportar, como o fundador da S.A., os riscos de sua iniciativa e as responsabilidades do andamento do plano. Tanto maior é a responsabilidade, e tanto mais pessoal é esse risco, quanto é certo que seu negócio de incorporação é lucrativo, e no comum é altamente lucrativo. Conseguintemente, há de suportar os ônus do empreendimento e deve responder civilmente com seus bens, e ainda com sua pessoa. Sendo mais de um, todos devem estar ligados por vínculos de solidariedade passiva" (p. 245).

Em igual sentido, J. Nascimento Franco e Nissei Gondo lecionam que o incorporador "é a figura axial do empreendimento. Perante os adquirentes ele assume uma obrigação de resultado, vale dizer, de levar a construção a um bom termo, coordenando para isso todas as partes interessantes (construtor, compradores, dono do terreno, financiadores, etc.) do que lhe resulta responsabilidade civil e criminal em caso de deficiente ou maliciosa execução do negócio. Cabe-lhe, de início, escolher o construtor e supervisionar a execução das obras. Se escolher mal ou se falhar na sua tarefa de controlar o construtor no cumprimento de suas obrigações, terá que responder não só perante terceiros, como também perante os condôminos, pelos prejuízos que sofrerem" (Incorporações Imobiliárias. 3. ed., São Paulo: RT, 1991, p. 107).

Maria Helena Diniz, igualmente, observa competir ao incorporador "Dar andamento regular às obras e, se contratou a entrega da unidade a prazo e preço certos, terá o dever de: informar os adquirentes, por escrito, no mínimo de seis em seis meses, do estado das obras; *responder civilmente pela execução da incor-*

poração, indenizando os adquirentes dos danos que sofrerem por não ter concluído a edificação ou por ter retardado injustificadamente a conclusão da obra, cabendo-lhe, porém, ação regressiva contra o construtor, se este for o culpado [...]" (Tratado Teórico e Prático dos Contratos. vol. II, 1. ed., Saraiva, 1993, p. 16) – o grifo é aposto.

Não discrepa a jurisprudência:

"Ação de indenização por danos materiais. Contrato de incorporação. Falhas na construção do prédio constatadas em perícia. Responsabilidade do incorporador. Indenização devida. Recurso desprovido.

"Tendo a perícia comprovado a existência de uma infinidade de defeitos relacionados à construção da obra, que apresenta infiltração, problemas nas ligações de esgoto, fissuras e rachaduras, é dever da incorporadora arcar com o *quantum* necessário à correção dos problemas. Inteligência do art. 1.056 do Código Civil de 1916" (Ap. Cív. n. 1999.007583-4, de Blumenau, lavrada pela subscritora).

"Ação indenizatória deflagrada contra incorporadora de edifício residencial. Notórios defeitos de construção. Irrecusável responsabilidade da construtora. Dever de reparação. Pedido inaugural acolhido. Apelo improvido. A construtora e incorporadora, constatados, através perícia, os defeitos na obra e os prejuízos dos adquirentes, tem o dever de reparálos adequadamente, na conformidade do artigo 1.056 do CC" (Ap. Cív. n. 1988.065347-1 (42.823) – rel. Des. Eládio Torret Rocha)

Assim, responde a recorrente pelo atraso.

Convém acrescer que a exordial aponta, como causa de pedir, a existência de inúmeras infrações às obrigações do incorporador (art. 32 e segs. da Lei n. 4.591/64), tais como a ausência de averbação do empreendimento na Prefeitura e no Registro Imobiliário, a falta de pagamento de obrigações tributárias (INSS) e a abstenção na entrega aos condôminos da documentação relativa às unidades adquiridas. Diante da perspectiva legal de proteção aos adquirentes, não há negar responda a incorporadora por essa ineficiência, impondo-lhe o dever de reparar os danos correlatos ao atraso na regularização.

2. Danos morais

A violação da integridade moral, bem personalíssimo tutelado pelo ordenamento constitucional, tem como conseqüência o dever de indenizar recainte sobre todo aquele que, por ato ilícito, ocasionar um prejuízo de natureza não patrimonial ao estado anímico da vítima, relacionado à honra, à paz interior, à liberdade, à imagem, à intimidade, à vida ou à

incolumidade física e psíquica. Salvo hipóteses excepcionalíssimas, as agruras decorrentes do inadimplemento de obrigações contratuais, por não importarem em significativos danos à psique do contraente lesado, não ensejam a indenização relacionada aos danos morais.

No caso houve um episódio grave. Não obstante, tratou-se, sobretudo, da inexecução de obrigações contratuais por parte de empresas atuantes no mercado imobiliário. Não é caracterizada lesão significativa a um direito de personalidade, tais como o nome e a honra, tampouco é configurado sofrimento tal que refuja à normalidade dos casos. Tem-se, antes disso, o dissabor de um negócio com execução retardada, cujos prejuízos se resolvem nos danos materiais, os quais recompõem adequadamente o gravame suportado.

Sobre o assunto, ensina a doutrina:

"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 sentimentos 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" (Santos, Antônio Jeová. Dano moral indenizável. 3. ed., São Paulo: Método, 2001, p. 122).

Rui Stoco colaciona excerto jurisprudencial pertinente:

"Rescisão contratual. Compromisso de venda e compra. Obra não concluída depois de cerca de três anos da contratação. Compradores que pagaram todas as prestações previstas até a entrega das chaves. Culpa da compromissária-vendedora reconhecida. Rescisão decretada, com a devolução das parcelas adimplidas, acrescidas de juros e correção monetária. Indenização por dano moral que, contudo, não é devida. Inexecução de contrato que dá ensejo, no mais das vezes, apenas a dissabores de um negócio frustrado. Recurso da ré parcialmente provido. – 'Indenizável é o dano moral sério, aquele capaz de, em uma pessoa normal, o assim denominado homem médio, provocar grande perturbação

nas relações psíquicas, na tranqüilidade, nos sentimentos e nos afetos. Não há como presumir, por certo, a ocorrência de abalo de tal ordem quando decorrente de inexecução culposa de um contrato, que dá ensejo, no mais das vezes, apenas a dissabores de um negócio frustrado. É essa a hipótese dos autos, de modo que injustificável, a meu ver, a imposição de ressarcimento por alegado dano de natureza moral' (TJSP – 1ª C. Dir. Privado – Ap. 127.824-4/1 – rel. Elliot Akel – j. 25-6-2002 – JTJ-LEX 258/35)" (Tratado de responsabilidade civil. 6. ed., São Paulo: RT, 2004, p. 1.682).

No mesmo norte segue o entendimento deste Tribunal de Justiça:

"Agravo de instrumento – Ação de rescisão de contrato de compra e venda c/c reintegração de posse c/c indenização por danos materiais e morais – Pedido de tutela antecipada – Requisitos do art. 273 do Código de Processo Civil não atendidos – Cognição sumária – Provas frágeis à concessão da medida – Dano moral – Descumprimento contratual – Situação que não caracteriza lesão – Decisão interlocutória mantida – Recurso não provido" (Agravo de Instrumento n. 2004.008189-8, de Blumenau, rel. Des. Wilson Augusto do Nascimento).

A jurisprudência do STJ não destoa:

"Civil e processual civil – Negativa de prestação jurisdicional – Inocorrência – Seguro-viagem – Danos morais – Descumprimento contratual – Inocorrência em regra – Situação excepcional não caracterizada – Recurso desacolhido. I – Como anotado em precedente (REsp. n. 202.504/SP, DJ 1º-10-2001), 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 ao outro contratante – e normalmente o traz – trata-se, em princípio, do desconforto a que todos podem estar sujeitos, pela própria vida em sociedade. II – Não verificadas as omissões apontadas, a mera divergência da parte com o entendimento e a conclusão contidos no acórdão não constituem embasamento a embargos declaratórios. Outrossim, não se pode pretender, por via oblíqua, a reforma da decisão com revisão de questões de fato e de direito" (REsp. n. 338.162/MG, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira).

"Civil. Dano moral. O inadimplemento contratual implica a obrigação de indenizar os danos patrimoniais; não, danos morais, cujo reconhecimento implica mais do que os dissabores de um negócio frustrado. Recurso especial não conhecido" (REsp. n. 201.414/PA, rel. Min. Waldemar Zveiter).

Isso posto, o voto é pelo provimento parcial do recurso, excluindo da condenação o excerto decisório correspondente aos danos morais.

Decisão

Ante o exposto, por maioria de votos, dá-se provimento parcial ao recurso, vencido o Exmo. Sr. Des. Carlos Prudêncio que negou provimento.

Participou do julgamento o Exmo. Sr. Des. Subst. Joel Figueira Júnior.

Florianópolis, 4 de abril de 2006.

Carlos Prudêncio,
Presidente, com voto vencido;
Maria do Rocio Luz Santa Ritta,
Relatora.

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Carlos Prudêncio

Inadimplemento contratual. Reflexos de ordem extrapatrimonial. Possibilidade de condenação em dano moral.

O descumprimento do contrato gera o direito de reparação dos danos, sejam eles de ordem patrimonial ou extrapatrimonial. Isso se aplica aos contratos em geral e, com maior razão, aos contratos de seguro, que são celebrados exatamente para liberar o segurado das preocupações que decorrem do sinistro (Recurso Especial n. 257.036/RJ, DJU de 12-2-2001, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar).

Ousei divergir da douta maioria pelos motivos que ora seguem:

O argumento de que o inadimplemento contratual não enseja dano moral ou gera direito à indenização não se coaduna com a posição atualmente adotada, até mesmo pelos tribunais superiores.

Ao proferir o seu voto no Recurso Especial n. 257.036/RJ, publicado no DJU de 12-2-2001, o eminente relator, Min. Ruy Rosado de Aguiar, anotou com extrema propriedade:

"O descumprimento do contrato gera o direito de reparação dos danos, sejam eles de ordem patrimonial ou extrapatrimonial. Isso se aplica aos contratos em geral e, com maior razão, aos contratos de seguro, que são celebrados exatamente para liberar o segurado das preocupações que decorrem do sinistro".

O Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, por sua vez, acrescentou:

"Por outro lado – e tenho isso por relevante, na medida em que o Judiciário admite a imposição do dano moral, em situações como a dos autos, está contribuindo para o aperfeiçoamento da própria sociedade, porque é usual, e muito comum,

que prestadores de serviços abusem, mesmo com a existência, hoje, de órgãos eficientes como Procon. E o acolhimento do dano moral em tais circunstâncias, a meu sentir, contribui para o aperfeiçoamento da convivência social".

Esta Primeira Câmara de Direito Civil já decidiu na Ap. Cív. n. 2001.007737-0, de Joinville, publicada no DJ de 13-7-2001, que:

"O atraso significativo do vôo configura descumprimento do contrato de prestação de serviços e constitui ato ilícito capaz de ensejar evidente dano moral aos passageiros, haja vista o desconforto e angústias a que estes foram submetidos, sendo desnecessária a prova da ocorrência do dano, em face da dificuldade de ser explorado campo tão íntimo do ser humano (rel. Des. Carlos Prudêncio)".

Ora, os danos morais são aqueles ocasionados na esfera subjetiva da pessoa, cujo evento apontado como violador atinge o plano dos valores em sociedade, repercutindo em aspectos referentes tanto à reputação perante os demais membros sociais quanto à mera dor acanhada intimamente.

Conforme muito bem anotou o douto Magistrado *a quo* na sua prodigiosa decisão:

"No que concerne ao dano moral, ficou perfeitamente caracterizada a efetiva ocorrência de constrangimento à tranqüilidade psíquica e moral da autora, mormente levando-se em consideração toda a atividade laboral extra cumprida pela mesma para poder manter o aluguel de uma residência provisória, e ainda, custear o término de seu apartamento, o que, diga-se de passagem, foi obrigada a realizar justamente em razão da inércia das rés em dar efetivo cumprimento às suas próprias obrigações" (fl. 258).

Dessarte, evidenciada, pois, a obrigação de as rés indenizarem tanto os danos materiais quanto os morais causados à autora.

Carlos Prudêncio

APELAÇÃO CÍVEL N. 2005.020040-9, DE SÃO JOSÉ

Relatora: Desa. Maria do Rocio Luz Santa Ritta

Reintegração de posse. Cessão de direitos hereditários. Comodato verbal. Notificação. Esbulho. Arts. 926 e 927, do CPC. Recurso desprovido.

1 Cedidos, pelo falecido companheiro da ré, os direitos hereditários em benefício da autora, mãe e cônjuge-meeira, passaram cedente e companheira, por liberalidade da cessionária, a possuir provisoriamente o imóvel a título de comodato por prazo indeterminado. Nessa configuração, a inércia da ré, em face da notificação premonitória abrindo prazo razoável à desocupação, implica a transfiguração da posse justa em precária, configurando esbulho possessório e autorizando a procedência da via da reintegração de posse.

2 Com a aludida cessão dos direitos hereditários, o cedente abriu mão do patrimônio que lhe competiria na herança, sendo inviável, a propósito de sua morte, cogitar-se da transferência de direitos sobre o imóvel cedido à companheira, sucessão regulada pelas Leis n. 8.971/94 e 9.278/96. Tampouco subsiste uma suposta meação, quer à vista da cessão, quer porque, para efeitos patrimoniais, a união estável se assemelha ao regime da comunhão parcial de bens, excluídos da comunhão os adquiridos por herança.

3 Por outro lado, a questão sobre se, à época dessa cessão dos direitos hereditários, já era ou não caracterizada a união estável e se era ou não lícito ao cedente, nessa condição, levar a efeito o ato dispositivo sem a anuência da companheira, é matéria relacionada à invalidade ou ineficácia do ato, discussão inviável de ser travada em reintegração de posse, ação de procedimento especial, estruturado em razão de um âmbito cognitivo parcial no qual só se versa sobre a melhor posse. Eventual des-

constituição ou declaração de ineficácia deve ser buscada em ação autônoma, não impedindo, assim, a pretensão reintegratória fundada no esbulho decorrente de contrato de comodato.

4 Não observada a obrigação de restituir, ínsita ao contrato, é correta a condenação da apelante ao pagamento de alugueres, porque a ninguém é dado ocupar gratuitamente o imóvel alheio: "O comodatário constituído em mora, além de por ela responder, pagará o aluguer da coisa durante o tempo de atraso em restituí-la" (art. 1.252 do CC/16).

5 "A Lei n. 1.060, de 5-2-50, não é incompatível com o princípio da sucumbência consagrado no art. 20 do CPC. Ainda nas hipóteses de que o sucumbente esteja amparado pelas benesses da assistência judiciária, a sentença deve fazer a necessária provisão, delimitando com exatidão os quantitativos dos encargos sucumbenciais de responsabilidade do mesmo, suspendendo-lhes somente, a exigibilidade. Essa provisão a respeito da sucumbência é imposição da própria lei, eis que, somente existente ela, é que poderá haver futura execução, no caso em que o beneficiário da justiça gratuita vier a, dentro do prazo de cinco anos, perder a condição de necessitado" (Ap. Cív. n. 45.510, de Joinville, rel. Des. Trindade dos Santos).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2005.020040-9, da comarca de São José (2ª Vara Cível), em que é apelante Leci Pereira do Carmo, e apelada Selma Bastos Fernandes:

ACORDAM, em Primeira Câmara de Direito Civil, por votação unânime, negar provimento ao recurso.

Custas de lei.

Relatório

Tratam os autos de apelação cível interposta por Leci Pereira do Carmo contra a decisão da Dra. Juíza de Direito da 2ª Vara Cível da comarca de São José que, em "ação de reintegração de posse" aforada por Selma Bastos Fernandes, considerando espoliativa a remanência da demandada, após a notificação premonitória, no imóvel cedido a título de comodato, deu pela procedência dos pleitos exordiais para o efeito de: a) reintegrar a autora na posse do imóvel; e b) condenar a ré ao pagamento de alugueres no valor de R$ 300,00.

Irresignada, aventa a apelante que, por ocasião do inventário do Sr. Dalmy Bento Fernandes, pai de seu falecido companheiro Osmar Fernandes, já era caracterizada a união estável que a ligava a este último. Assim, vislumbrando uma cadeia sucessória, observa que a decisão objurgada "errou porque não reconheceu o direito hereditário quando da morte do pai de Osmar – Dalmy Bento Fernandes – em 2-11-1992, momento em que se abriu a sucessão, nem mesmo o direito à meação e hereditário da apelante, quando da morte de seu companheiro em 14-5-2001". E conclui: "o art. 926 do CPC fala que é devida a restituição da posse ao possuidor que, injustamente, tenha sido esbulhada, o que não é o caso em exame, já que a apelante detém a posse do imóvel por força da união estável com o filho da apelada – Osmar – que recebeu quinhão hereditário por morte de seu pai – Dalmy –, que, igualmente, ante o falecimento de seu companheiro herdou seu quinhão relativo ao mesmo imóvel, pois que, após a morte de seu companheiro, passou a ser dona do mesmo". Quanto aos alugueres a que condenada, sustenta que a magistrada "incide na ilicitude da decisão *ultra petita*, pois que não há, no texto da exordial, pedido de alugueres, e mesmo que houvesse, sua fixação não poderia ser feita unilateralmente pelo juízo". Referiu que não pode ser condenada ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, beneficiária que é da justiça gratuita. Com isso, requereu a reforma da sentença, com a improcedência dos pedidos.

Com as contra-razões, ascenderam os autos.

Voto

A questão é simples. Com o falecimento do Sr. Dalmy Bento Fernandes o imóvel em litígio foi submetido a um processo de arrolamento, em que os herdeiros, dentre eles Osmar Fernandes, falecido companheiro da apelante, cederam seus direitos hereditários à autora Selma Bastos Fernandes, mãe e cônjuge-meeira (fl. 12). Homologada

a partilha (fl. 23), foi expedida a carta de adjudicação (fl. 25), registrado o imóvel em nome da autora (fl. 16).

Ora, existindo essa cessão prévia dos direitos hereditários, em ato jurídico perfeito e acabado, é fácil perceber que não há o direito sucessório que a apelante, em decorrência da morte do herdeiro-cessionário Osmar Fernandes, alega possuir na condição de companheira do falecido, regulamentado, previamente à vigência do Código Civil de 2002, pelos arts. 2º e 3º da Lei n. 8.971/94, c/c o art. 7º, parágrafo único, da Lei n. 9.278/96.

Com efeito. Uma vez cedidos os direitos sucessórios pelo herdeiro, este e sua companheira passaram, em razão disso, por liberalidade da cessionária, possuidora indireta, a ocupar a título de comodato verbal (cf. Ap. Cív. n. 1999.007348-3), por prazo indeterminado, uma das casas erguidas sobre o imóvel.

Essa a versão prevalecente, e nesse sentido o testemunho do Sr. Silas Adriano, nenhures impugnado em sede de recurso, é esclarecedor:

"Que é vizinho de frente da casa objeto desta ação; que viu a mesma ser construída sendo que levou um tempo, tendo sido construída a fundação e depois foram erguidas as paredes; que quem fiscalizava a obra era o falecido Osmar sendo que quem pagou a mesma foi o avô de Osmar e, segundo o depoente soube do próprio Osmar tal avô construiu tal casa para Selma morar, sendo que várias pessoas moraram em tal casa, inclusive Selma a qual posteriormente deu para Osmar residir, assim como deixou que outras filhas residissem [...]" (fl. 95).

Em se tratando, assim, de comodato por prazo indeterminado, contrato em que a posse é transferida provisoriamente e a que ínsita a obrigação de restituir a coisa (cf. art. 1.248, do CC/16; Maria Helena Diniz. Código Civil Anotado. Saraiva, 1995, p. 770), a inércia em face da notificação premonitória abrindo prazo razoável à desocupação implica a transfiguração da posse outrora justa em precária, configurando esbulho possessório e autorizando o uso da ação de reintegração de posse (arts. 926 e 927 do CPC).

À guisa de ilustração, vastos são os precedentes:

"Agravo de instrumento. Deferimento de liminar em ação de reintegração de posse. Comodato verbal por prazo indeterminado. Notificação extrajudicial dos comodantes para a devolução do imóvel. Inércia do comodatário. Esbulho caracterizado. Decisão mantida.

'Nos contratos de comodato verbal por tempo indeterminado, inerte o comodatário após notificação para devolver os bens empresta-

dos, resta caracterizado o esbulho possessório, remediável através do interdito de reintegração de posse' (AI n. 2002.018876-5, de Barra Velha, rel. Des. Monteiro Rocha)" (Agravo de Instrumento n. 2004.027812-4, de Caçador, desta subscritora).

"Comodato -- Notificação judicial -- Posse precária -- Liminar deferida -- Proprietário no exercício de posse indireta -- Recurso não provido.

"Transcorrido o prazo ofertado aos comodatários, após notificação judicial, sem a desocupação do imóvel objeto da lide, resta configurado o esbulho possessório, dando ensejo à concessão da liminar requerida em ação possessória" (Agravo de Instrumento n. 2003.027190-2, de Chapecó, rel. Des. Wilson Augusto do Nascimento).

"Apelação cível -- Reintegração de posse -- Comodato verbal -- Notificação para devolução do imóvel -- Bem não devolvido -- Esbulho caracterizado -- Apelo desprovido" (Ap. Cív. n. 2002.024828-8, de Itajaí, rel. Des. Orli Rodrigues).

"Em se tratando de comodato celebrado por prazo indeterminado, o comodatário que, regularmente notificado, não restitui ao comodante, no prazo concedido, o bem que lhe foi cedido, pratica esbulho possessório, passando a deter posse precária e injusta. Desde que a possessória tenha sido ajuizada dentro de 1 (um) ano e 1 (um) dia, contados da notificação, nada existe a obstaculizar a concessão de liminar" (Agravo de Instrumento n. 6.425, de Seara, rel. Des. Gaspar Rubik).

"Apelação cível -- Reintegração de posse -- Requisitos demonstrados -- Comodato verbal -- Notificação extrajudicial para a entrega do imóvel -- Recusa de devolução -- Esbulho configurado -- Decisão confirmada.

"No comodato a posse é transmitida a título provisório, de modo que os comodatários adquirem a posse precária, sendo obrigados a devolvê-la tão logo o comodante reclame a coisa de volta. Com a notificação extrajudicial, extingue-se o comodato, transformando-se a posse anteriormente justa, em injusta, em virtude da recusa de devolução do imóvel após o transcurso do lapso temporal estipulado, caracterizando o esbulho, sendo o manejo reintegratório o meio apto para reaver o imóvel" (Ap. Cív. n. 2002.005008-3, de Rio do Sul, rela. Desa. Salete Silva Sommariva).

Tal conclusão não é derruída pelas razões do recurso. É que, para fins patrimoniais, a união estável é equiparada ao regime de comunhão parcial de bens, não se comunicando, isto é, não integrando o patrimônio comum os bens adquiridos por um dos companheiros em

razão de sucessão hereditária (Ap. Cív. n. 2000.014819-9). Assim, em decorrência do falecimento do pai do extinto Osmar Fernandes, mesmo se não houvesse a cessão dos direitos hereditários por parte deste, à apelante não tocaria o direito à meação sobre o bem herdado. Apenas por ocasião da morte do companheiro Osmar, teria ela, quando muito e caso ausente a cessão como ato jurídico ultimado, o direito sucessório regulado pelas Leis n. 8.971/94 e 9.278/96, solução, porém, descartada no caso em estudo.

De resto, eventual discussão (não levantada) sobre se, à época dessa cessão dos direitos hereditários, já era ou não caracterizada a união estável, e se era ou não lícito ao cedente, nessa condição, levar a efeito o ato dispositivo sem a anuência da companheira, mesmo que o bem não fosse comum (art. 242, II, do CC/16), é matéria relacionada à (in)validade do ato, ou mesmo à (in)eficácia em relação à metade da companheira (REsp. n. 60.820/RJ, Min. Ruy Rosado de Aguiar). Trata-se, contudo, de questão inviável de ser travada em reintegração de posse, ação com procedimento especial, estruturado em razão de um âmbito cognitivo parcial (AI n. 2004.031648-6, desta subscritora), no qual só se versa sobre a melhor posse. Se a parte assim julgar de direito, a desconstituição ou declaração de ineficácia deve ser buscada em ação autônoma, não impedindo, porém, a pretensão reintegratória fundada no esbulho decorrente de contrato verbal de comodato.

A propósito, com as adaptações de estilo:

"Apelação cível. Ação de reintegração de posse. Comodato. Notificação extrajudicial. Concubinato. Recurso improvido.

'Notificado o comodatário, comete ele esbulho possessório se não devolver a coisa emprestada no prazo assinado. O comodatário que não restitui a coisa recebida por empréstimo, no prazo marcado, pagará aluguel durante o tempo de atraso em restituí-la' (JC 46/206).

"Se a requerida, em razão de alegado concubinato, entende ter algum direito perante o requerente, deve fazê-lo valer pelas vias próprias e adequadas. Mas não lhe é lícito, entrementes, não restituir o imóvel que lhe foi entregue em comodato, por isso que seu 'procedimento configura esbulho possessório, a justificar a procedência da pretensão reintegratória' (RT 616/134)" (Ap. Cív. n. 39.692, de Balneário Camboriú, rel. Des. Álvaro Wandelli).

Por outro lado, caracterizado o comodato e descumprida a obrigação de restituir, é correto o segmento da sentença que condenou a apelante ao pagamento de alugueres em benefício da autora, do momento

em que caracterizado o esbulho à data da efetiva restituição (REsp. n. 143.707/RJ, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira), porque a ninguém é dado ocupar gratuitamente o imóvel alheio. A solução consta, aliás, literalmente do art. 1.252 do CC/16, segundo o qual "O comodatário constituído em mora, além de por ela responder, pagará o aluguer da coisa durante o tempo de atraso em restituí-la".

Embora o recurso, nessa parte que desafia a condenação ao pagamento de alugueres, seja limítrofe à inépcia, em vista da debilidade de fundamentação (art. 514, II, do CPC), é fácil perceber que a sentença não decidiu *ultra petita*, tampouco arbitrou unilateralmente o valor locatício. O requerimento, fundamentado no corpo da petição inicial, consta expressamente do item e, do tópico "do pedido", do qual se exprime: "Por todo o exposto, requer: [...] a condenação da requerida ao pagamento de valor locativo mensal no *quantum* de R$ 300,00 [...]". Tal pedido, e o valor respectivo, não foram impugnados pela apelante ao longo do procedimento, não fazendo uso do contraditório que se lhe franqueou, circunstância que permite à magistrada tomar como fato incontroverso o valor do aluguel do bem (art. 302 do CPC), adotando o indicado na petição inicial. Pela experiência cotidiana, aliás, a juíza conhece a realidade do mercado imobiliário na comarca em que atua, não havendo, por presunção, excesso na quantia eleita que, de resto, não é devidamente impugnada em sede de recurso.

Por fim, o fato de a apelante ser beneficiária da justiça gratuita não impede seja condenada ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios. Nesse caso, os encargos da sucumbência, providos e delimitados, ficam suspensos pelo período de 5 (cinco) anos, findo o qual, em não havendo alteração na condição econômica da beneficiária, quedam prescritos (art. 12 da Lei n. 1.060/50, e Ap. Cív. n. 45.510). A só omissão da sentença quanto à inexigibilidade da condenação não causa gravame à parte, porque o direito decorre diretamente do texto legal, prescindindo, uma vez deferido o benefício e incidente o regime jurídico correlato, de pormenorização judicial.

Isso posto, o voto é pelo desprovimento.

Decisão

Ante o exposto, por unanimidade, a Câmara nega provimento ao recurso.

Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Subst. Joel Figueira Junior e Jorge Schaefer Martins.

Florianópolis, 20 de junho de 2006.

Maria do Rocio Luz Santa Ritta,
Presidente e relatora.

APELAÇÃO CÍVEL N. 1999.004174-3, DE BALNEÁRIO CAMBORIÚ

Relator: Des. Subst. Joel Dias Figueira Júnior

Apelação cível – Ação de indenização por danos materiais e morais – Realização de procedimento cirúrgico (histerectomia) – Infecção hospitalar contraída pela paciente – Aplicação do Código de Defesa do Consumidor – Possibilidade – Hospital que se enquadra na definição de prestador de serviços – Exegese do artigo 14 do Código Consumerista – Responsabilidade objetiva do estabelecimento de saúde – Não comprovação de causas excludentes da responsabilidade civil – Dever de indenizar caracterizado – Denunciação da lide formulada pelo réu – Ilegitimidade passiva da operadora do plano de saúde e do médico – Ato ilícito estritamente ligado à atividade hospitalar – Denunciação da lide improcedente – Danos materiais – Despesas com medicamentos e condução não comprovadas – Improcedência.

I – Em regra, os contratos de prestação de serviços médicos originam obrigações de meio e não de resultado.

Todavia, no caso dos hospitais, há obrigação de resultado quando são procurados para fornecer serviços de internação com todos os seus desdobramentos. Neste contexto, o resultado pretendido pelos serviços prestados consiste em assegurar e proporcionar a incolumidade física ao paciente, durante todo o período de internação.

II – Por conseguinte, a responsabilidade civil dos hospitais por defeito na prestação de serviços é objetiva. Para eximirem-se dessa responsabilidade, devem demonstrar de maneira cabal a inexistência de falha ou defeito na prestação dos serviços hospitalares contratados pelo paciente, a ocorrência de culpa exclusiva do consumidor, fato de terceiro, caso fortuito ou força maior.

III – Havendo provas suficientes acerca dos danos materiais e morais suportados pela autora, e diante da ausência de exclusão do nexo de causalidade formado entre o ilícito e os serviços oferecidos, fica configurada a responsabilidade civil do nosocômio réu e, conseqüentemente, o dever de indenizar pelos danos materiais suportados pela vítima e de compensar pelos danos morais experimentados.

IV – Considerando a natureza compensatória do montante pecuniário em sede de danos morais, a importância estabelecida em decisão judicial há de estar em sintonia com o ilícito praticado, a extensão do dano sofrido pela vítima com todos os seus consectários, a capacidade financeira do ofendido e do ofensor, servindo como medida punitiva, pedagógica e inibidora.

Assim, considerado o abalo moral experimentado pela autora, matizado pelas dores físicas e angústias sofridas, agravado pelas danos estéticos oriundos de seqüela deixada em seu abdome, somando-se a necessidade de submeter-se a cirurgia reparadora, com todos os riscos e sofrimentos dela decorrentes, afigura-se equânime a fixação da verba compensatória em R$ 100.000,00.

V -- Necessitando a autora submeter-se a cirurgia plástica reparadora da cicatriz deixada em seu abdome, como decorrência das complicações encetadas pela infecção hospitalar, mister se faz a condenação do réu a fim de custear as respectivas despesas.

VI – Em se tratando de demanda ressarcitória fundada em responsabilidade civil do nosocômio em virtude de danos decorrentes de infecção hospitalar, são partes passivas ilegítimas o médico que realizou a intervenção cirúrgica e a entidade mantenedora do plano de saúde em que a autora figura como beneficiária.

VII – Não comprovando a autora, de maneira cabal, os danos materiais suportados a título de compra de medicamentos e transporte, o pedido ressarcitório, neste particular, deve ser rejeitado.

VIII – Em sentenças dotadas de eficácia condenatória preponderante, devem os honorários advocatícios ser fixados entre 10% e 20% sobre o valor da condenação, atendidos, para tanto, o grau de zelo do profissional, o lugar da prestação do serviço, a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo para o seu serviço (art. 20, § 3º, do Código de Processo Civil).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 1999.004174-3, da comarca de Balneário Camboriú (1ª Vara Cível), em que é apelante Maria Eleni Frelich e apelados Unimed Litoral Cooperativa de Trabalho Médico da Região da Foz do Rio Itajaí-Açu e Hospital Santa Inês:

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

Custas na forma da lei.

Relatório

Maria Eleni Frelich ajuizou ação de indenização por danos materiais e morais contra o Hospital Santa Inês pelos fatos e fundamentos jurídicos descritos na exordial de fls. 2 a 10, alegando, em síntese:

1. Que se internou no estabelecimento requerido em 9 de novembro de 1994, a fim de ser submetida, no dia seguinte, a cirurgia ginecológica para retirada do útero e trompas (histerectomia);

2. Realizado o procedimento cirúrgico, permaneceu internada para acompanhamento pós-operatório, e no segundo dia passou a sentir-se mal, apresentando febre alta;

3. A medição da febre só foi possível após o seu marido adquirir, às próprias expensas, um termômetro, porquanto o nosocômio réu não possuía tal instrumento;

4. A febre perdurou por cinco dias, necessitando da constante utilização de medicamentos com o fito de controlá-la e minimizar os seus efeitos;

5. Em 14 de novembro de 1994, obteve alta médica após a prescrição de receituário para continuidade da medicação;

6. Já em sua residência, notou que do local onde fora realizada a cirurgia emanava um cheiro forte ruim e vazava uma secreção esbranquiçada. A pessoa que lhe aplicava a medicação prescrita aconselhou o seu marido a encaminhá-la com urgência a um médico, pois o quadro que apresentava parecia ser de infecção hospitalar;

7. Diante da suspeita, foi levada à Unimed, onde foi atendida pelo Dr. Luiz Delatorre, que, após abrir parte da sutura, retirou do interior uma grande quantidade de secreção purulenta, limpou o local e fez um curativo. O mesmo procedimento foi realizado no dia seguinte pelo médico José Maurício Ferracioli, que abriu o restante da sutura e efetuou a limpeza completa do local.

8. Precisou realizar a assepsia e trocar curativos durante 52 dias, até por fim controlar a infecção e completar-se a cicatrização da região afetada;

9. Em decorrência da infecção, ficou com seqüelas (cicatrizes no abdome) que somente poderão ser reparadas com a realização de cirurgia plástica, no valor de R$ 2.600,00 (conforme orçamento juntado), que deverá ser custeada pelo demandado;

10. Além das seqüelas, teve prejuízos materiais na ordem de R$ 165,49, referentes aos gastos com medicamentos, mais R$ 468,00 com corridas de táxi para deslocamento entre sua casa e a Unimed, impondo-se o ressarcimento de tais quantias;

11 É inegável, também, o abalo psicológico experimentado, pelo que faz jus, igualmente, à indenização por danos morais.

Ao final requer a procedência do pedido para condenar-se o réu:

1 Ao ressarcimento dos danos materiais decorrentes do gasto com medicamentos e locomoção, nos importes de R$ 165,49 e R$ 468,00, respectivamente;

2. Ao pagamento de cirurgia plástica para reparação da cicatriz no abdome;

3. À compensação pelos danos morais, em valor a ser arbitrado na sentença.

À causa foi atribuído o valor de R$ 6.000,00 e a inicial veio instruída com os documentos de fls. 10 a 31.

Citado, o réu ofereceu resposta em forma de contestação (fls. 38 a 44) aduzindo, em síntese:

I – Preliminarmente

1. Ilegitimidade passiva *ad causam*, pois, sendo a autora beneficiária de plano de saúde da Unimed Litoral, caberia a esta a responsa-

bilidade por eventuais prejuízos, porquanto apenas foi contratado pela operadora do plano para realização dos serviços hospitalares prestados à demandante, e esta não pagou nenhuma quantia diretamente ao Hospital réu;

II – No mérito

1. A requerente foi submetida a cirurgia (histerectomia) em 9 de novembro de 1994, em suas dependências, e o procedimento foi realizado por intermédio da Unimed e por médico a ela conveniado;

2. A cirurgia visava à extração das trompas e do útero da autora, os quais, em decorrência de uma infecção, já se encontravam em estado purulento.

3. A descrição feita na exordial indica que, provavelmente, a autora desenvolveu um abscesso de parede abdominal, que pode ser proveniente da rejeição dos fios da sutura pelo organismo;

4. Quando internada, a autora já estava acometida por infecção, e a própria manipulação do material retirado do seu corpo durante a cirurgia pode ter causado a alegada contaminação, e não o estado das instalações onde foi realizada a cirurgia;

5. A permanência hospitalar em casos de histerectomia é, normalmente, de sete dias. No entanto o médico que atendeu a autora, Dr. José Maurício Ferracioli (conveniado da Unimed e sem nenhum vínculo com o réu), assinou a alta já no quarto dia de pós-operatório;

6. Em seus atendimentos, sempre observa todos os cuidados e regras para controle de infecção hospitalar ditados pelo Ministério da Saúde, sendo que as próprias normas editadas pelo órgão governamental consideram a potencialidade de contaminação da cirurgia realizada na autora;

7. Eventuais falhas no transoperatório não lhe podem ser imputadas, porquanto a devida aplicação das técnicas cirúrgicas e a avaliação do estado da paciente a fim de possibilitar a sua alta são de responsabilidade do médico;

8. O réu em momento algum agiu com negligência ou omissão, não podendo ser responsabilizado civilmente;

9. O valor das despesas com medicamentos e transporte, apontado na exordial, é fraudulento, pois inclui gastos posteriores ao período em que a autora apontou como necessário para a troca dos curativos;

10. Descabida, ainda, a indenização pelos danos morais, porquanto uma cicatriz no abdome não provoca lesão ou fere interesses pessoais da autora.

Juntou os documentos de fls. 45 a 73.

À fl. 74 o réu formalizou pedido de denunciação da lide à Unimed Litoral e ao médico José Maurício Ferracioli, o que foi deferido pelo Juiz *a quo*.

Citado, o litisdenunciado José Maurício Ferracioli apresentou contestação (fls. 90 a 92), alegando, em síntese:

1. É médico especializado em ginecologia, credenciado pelo Hospital Requerido e pela Unimed, e realizou procedimento cirúrgico na autora por meio de convênio;

2. Todos os procedimentos foram observados desde o atendimento até a operação, obtendo-se êxito na realização desta;

3. A recuperação pós-operatória varia de acordo com a reação de cada organismo, e a autora (como descrito na inicial) sentiu apenas os sintomas cirúrgicos e anestésicos, recebendo a visita do litisdenunciado duas vezes ao dia;

4. Não há nos autos menção de qualquer conduta que o desabone profissionalmente ou de que seja responsável por eventual infecção hospitalar.

Impugnação à contestação apresentada pelo denunciado e pelo réu às fls. 95 e 96 e 97 a 102, respectivamente.

Também a litisdenunciada Unimed Litoral apresentou, às fls. 113 a 117, a sua peça defensiva, aduzindo, em resumo:

I – Preliminarmente

1. Ilegitimidade passiva *ad causam*, porquanto não exerce ingerência sobre os estabelecimentos hospitalares que lhe são conveniados, apenas repassa a estes os valores decorrentes das despesas realizadas pelos usuários do plano de saúde. A prestação dos serviços, bem como a responsabilidade decorrente desta, é exclusiva dos hospitais conveniados, *in casu*, o réu denunciante;

II – No mérito

1. O serviço médico é obrigação de meio e não de resultado;

2. O médico cooperado que prestou serviço à autora não agiu culposamente, não podendo ser responsabilizado pelos danos que ela alega ter sofrido;

3. A demandante não logrou êxito em comprovar que foi efetivamente acometida de infecção hospitalar, muito menos o nexo entre esta e o procedimento cirúrgico realizado;

4. De outra banda, prestou, pronta e eficazmente, todo o atendimento necessário, tanto que a autora em momento algum lhe imputou a responsabilidade pelos danos.

Impugnação à contestação da denunciada Unimed às fls. 176 a 180.

Em audiência preliminar (fls. 197 e 198), proposta a conciliação, esta foi inexitosa. Na mesma oportunidade foi saneado o feito, afastando-se as preliminares argüidas.

Foi produzida prova oral (fls. 210 a 214).

Encerrada a fase instrutória, as partes apresentaram suas derradeiras alegações em forma de memoriais (fls. 216 e 217, 220 e 221, 222 e 223 e 224 a 230).

Sentenciando (fls. 232 a 240), o Magistrado a quo julgou o pedido improcedente, condenando a autora ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios do patrono do requerido, e fixou ainda honorários advocatícios aos patronos dos denunciados, a serem suportados pelo denunciante. Relativamente à denunciação da lide, declarou-a prejudicada em decorrência da improcedência do pedido.

Inconformada, a autora interpôs o presente recurso (fls. 242 a 251), com o qual objetiva, em síntese, a reforma da sentença, reiterando os argumentos anteriormente expendidos.

Contra-razões às fls. 254 a 260 e 261 a 266.

Presentes os pressupostos de admissibilidade do recurso.

Voto

O recurso interposto pela autora há de ser conhecido e provido parcialmente, pelas seguintes razões:

1. Trata a espécie de ação de indenização proposta pela autora contra o Hospital réu, sob o fundamento de ter ela contraído infecção hospitalar durante o período em que esteve internada nas dependências daquele nosocômio para submeter-se a procedimento cirúrgico para extração do útero e das trompas (histerectomia).

É assente que, em regra, os contratos de prestação de serviços médicos originam obrigações de meio e não de resultado. Todavia, no caso dos hospitais, os contratos de internação pressupõem obrigação de resultado, na exata medida em que, além do atendimento médico e de enfermagem, fornecem serviços de internação, com todos os seus desmembramentos, com completa infra-estrutura (procedimentos cirúrgicos, quartos, leitos, alimentação, atendimento por profissionais habilitados, medicamentos etc.). Neste contexto, o resultado pretendido consiste em assegurar e proporcionar

a perfeita incolumidade física e moral ao paciente, durante todo o período de internação.

A par da natureza contratual dos serviços hospitalares, não se pode olvidar que a relação estabelecida entre a autora e o réu é tipicamente de consumo, enquadrando-se o nosocômio no conceito de prestador de serviços, a rigor do artigo 3º da Lei n. 8.078/90, norma que tem por escopo disciplinar as relações de consumo, promover o equilíbrio contratual e evitar que o consumidor, por ser, em regra, a parte mais fraca, sofra algum prejuízo. De outra parte, enquadra-se a autora no conceito de consumidor, delineado no art. 2º da referida Lei, porquanto pessoa física que utiliza serviços como destinatária final.

Consoante o disposto no artigo 14, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor, é objetiva a responsabilidade dos prestadores de serviços pelos danos causados aos consumidores em decorrência de serviço defeituoso, se não vejamos:

"Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos".

Em decisão recente, a 9ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul confirmou a aplicação do artigo supracitado em caso análogo ao dos autos, aduzindo que, por enquadrar-se no conceito de fornecedor de serviços de saúde, a responsabilidade do hospital demandado é objetiva, respondendo pelas falhas no serviço e pelos danos causados pelos integrantes do seu corpo clínico (cf. Ap. Cív. n. 70015385735).

Destarte, o requerido enquadra-se na definição de prestador de serviço, sujeitando-se às regras da responsabilidade objetiva, donde exsurge a dispensa de comprovação de culpa pelos danos causados ao consumidor. Nesses casos, o dever de indenizar caracteriza-se pela comprovação de três pressupostos, a saber: a) defeito na prestação do serviço; b) ocorrência de um dano; e c) relação de causalidade entre o serviço deficiente e o dano experimentado pela vítima.

Jurandir Sebastião, ao discorrer sobre a responsabilidade civil das instituições hospitalares, ensina:

"Quando o dano ao paciente decorre do internamento hospitalar, em princípio o critério de apuração de culpa estabelece-se pela modalidade objetiva. Para se esquivar da responsabilidade, cumpre ao estabelecimento de saúde provar culpa própria do paciente, fato de terceiro,

caso fortuito ou força maior. É que, em regra, o paciente nada pode fazer, exceto cumprir as ordens do médico e o regulamento do estabelecimento de saúde" (*in* Responsabilidade médica: civil, criminal e ética, 2. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 114 e 115).

Feitas essas considerações, cumpre analisar a presença dos pressupostos hábeis à configuração da responsabilidade civil no caso concreto.

É incontroverso nos autos que a requerente utilizou os serviços prestados pelo nosocômio requerido, dando entrada naquela instituição em 9-11-1994 com o fito de ser submetida a cirurgia para extração do útero e das trompas (histerectomia), procedimento este descrito à fl. 56, assim como as complicações dela decorrentes.

Do prontuário médico (fl. 57) não se constata a ocorrência de nenhum fato anormal verificado durante a cirurgia; contudo, ele aponta que a paciente passou a apresentar febre alta e dor local no segundo dia do pós-operatório.

Caberia ao estabelecimento réu demonstrar de maneira cabal ter tomado todas as cautelas necessárias a fim de evitar os riscos de contaminação acerca dos quais a autora fundou suas pretensões ressarcitória e compensatória. Tal prova não foi produzida de maneira satisfatória, limitando-se o réu a negar a sua responsabilidade baseado em documentos e provas orais e pouco contundentes, sobretudo porque a prova pericial haveria de ser mais esclarecedora. Curiosamente, preferiu o réu quedar-se inerte na produção da prova técnica, quando o ônus da prova da exclusão de responsabilidade ancorada na falta de nexo de causalidade era unicamente seu.

Sobre o ônus da prova em questões dessa espécie, vale destacar a lição sempre precisa de Humberto Theodoro Júnior:

"A responsabilidade civil dos hospitais, seja por infecção hospitalar, seja por qualquer outra lesão sofrida pelos pacientes em razão dos serviços de internação, não se inclui na regra do art. 1.545, do Código Civil (obrigação de meio). Aplica-se-lhes, portanto, a teoria comum da responsabilidade contratual, segundo o qual o contratante se presume culpado pelo não alcance do resultado a que se obrigou. Não se trata de teoria pura do risco, porque sempre será lícito ao hospital provar a não ocorrência de culpa para eximir-se do dever de indenizar. Quem se apresenta como vítima de lesão sofrida durante internamento somente terá de provar, para obter a competente indenização, o dano e sua verificação coincidente com sua estada no hospital" (Aspectos processuais da ação

de responsabilidade por erro médico, *in* Revista dos Tribunais, ano 88, vol. 760, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 48).

O problema da infecção hospitalar, embora de grande relevância para a saúde pública, pouco interesse desperta na doutrina. Miguel Kfouri Neto, um dos poucos a discorrer sobre o tema, citando Antônio Celso Cavalcanti de Albuquerque, acentua:

"Afeito às demandas de reparação do dano médico, o articulista afirma que o primeiro tópico analisado pelos juízes, nessas ações que envolvem infecção hospitalar, é o grau de eficiência da Comissão de Controle de Desinfecção Hospitalar. Se deficiente ou inexistente, firma-se a procedência dos pedidos do autor. Se existente e autuante – prossegue – nenhuma culpa poder-se-á imputar ao estabelecimento, pois o risco de infecção é ínsito ao ato cirúrgico" (*in* Responsabilidade civil do médico, Ed. RT, 3. ed., p. 130).

Frisa-se que o requerido limitou-se a alegar que "possui toda uma estrutura básica e eficiente, que segue todas as normas do Ministério da Saúde", e juntou aos autos os documentos de fls. 61 a 73, para demonstrar que mantém em seu estabelecimento uma Comissão de Controle de Infecção Hospitalar – CCIH.

Entretanto, a mera constituição de comissão destinada a combater os riscos de infecção hospitalar, sem a efetiva demonstração de sua atuação e eficiência à época em que a autora esteve internada, não é bastante para afastar a tese da ocorrência de infecção hospitalar, máxime quando existe nos autos uma declaração firmada pelo médico José Maurício Ferracioli (fl. 20) que dá conta de que a paciente apresentou infecção hospitalar no segundo dia de pós-operatório, documento este que não foi impugnado pelo demandado.

Vale transcrever a declaração prestada pelo médico Ferracioli, *in verbis*:

"Declaração. Declaro para fins de direito e efeitos legais que Maria Eleni Frelich foi submetida a cirurgia ginecológica em 10-11-94 e apresentou *infecção hospitalar* no 2º dia de pós-operatório. Balneário Camboriú, 1º de fevereiro de 1995" (grifei).

Conforme lição sempre valiosa de Rui Stoco, em seu Tratado de Responsabilidade Civil (6. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 557), "o hospital responde pelos danos causados ao paciente em razão de infecção hospitalar, se não provar a existência de uma das causas de exculpação".

Assim, não tendo o requerido logrado êxito em demonstrar qualquer espécie de excludente de

sua responsabilidade pelos danos sofridos pela vítima, fica patente o defeito na prestação dos serviços hospitalares oferecidos à requerente, donde exsurge o dever de indenizar e compensar pecuniariamente.

O segundo pressuposto necessário à caracterização da responsabilidade civil hospitalar respeita à comprovação dos danos decorrentes da má prestação do serviço.

Neste ponto, a demandante busca ser compensada e indenizada pelos danos morais e materiais provenientes da infecção hospitalar contraída por ocasião de seu internamento nas dependências do réu.

Quanto aos danos morais, estes estão sobejamente comprovados nos autos. As fotografias juntadas às fls. 24 a 26 demonstram as seqüelas físicas (cicatrizes) deixadas no abdome da autora, ou seja, o dano estético, sendo facilmente presumível o abalo moral que a indesejada transformação física lhe causou.

Da mesma forma as complicações do pós-cirúrgico agravadas pela infecção hospitalar, representadas pela dor física, angústia e dúvida da plena recuperação e pelo tratamento a que precisou submeter-se por mais de 50 dias.

Para a fixação da quantia de caráter compensatório, há que considerar, dentre outros fatores, o grau de culpa, a participação da vítima no evento danoso, ou seja, se contribuiu de alguma forma para o seu agravamento, e a situação econômica daquele que deve indenizar, de forma a estabelecer-se um valor que sirva não ao enriquecimento, mas de compensação e minimização das dores e sofrimentos e, por outro lado, que seja hábil a penalizar o praticante da ilicitude.

Em outras palavras, a compensação pecuniária por dano moral, em qualquer hipótese, não pode corresponder ao empobrecimento do indigitado causador do ilícito civil ou ao enriquecimento da vítima, mas deverá pautar-se pelos princípios da plausibilidade e proporcionalidade verificadas no caso concreto, tendo-se presente o nexo de causalidade, o grau de culpa dos envolvidos, suas respectivas situações econômicas e os efeitos diretos e reflexos do próprio ilícito, de maneira a penalizar financeiramente o violador da norma e, em contrapartida, minimizar o sofrimento da vítima atingida em seu direito personalíssimo.

Portanto, inexiste fórmula alquímica ou jurídica capaz de definir o *quantum* a título de danos não patrimoniais, na medida em que não são tarifáveis ou mensuráveis; busca-se apenas, com a condenação em pecúnia, a minimização da

dor, da mácula, do sofrimento da vítima. Nada mais.

Nesse sentido ensina Rui Stoco:

"Segundo nosso entendimento a indenização da dor moral há de buscar duplo objetivo: Condenar o agente causador do dano ao pagamento de certa importância em dinheiro, de modo a puni-lo, desestimulando-o da prática futura de atos semelhantes, e, com relação à vítima, compensá-la com uma importância mais ou menos aleatória, pela perda que se mostra irreparável, pela dor e humilhação impostas. Evidentemente, não haverá de ser fonte de enriquecimento injustificado da vítima, nem poderá ser inexpressiva a ponto de não atingir o objetivo colimado, de retribuição do mal causado pela ofensa, com o mal da pena" (ob. cit., p. 1.684).

Neste contexto, entende-se equânime estabelecer a compensação pecuniária pelos danos morais suportados pela autora em R$ 100.000,00 (cem mil reais).

Por sua vez, os danos materiais devem limitar-se às despesas oriundas de realização de cirurgia reparadora.

Isso porque, no tocante aos gastos suportados pela autora com aquisição de medicamentos e corridas de táxi para a feitura de curativos, no período pós-operatório, tem-se que, não obstante a nota fiscal de fl. 22 discriminar valores com a compra de remédios, a data nela aposta é posterior ao período do tratamento, não ficando evidenciado que tais despesas guardam relação direta com os fatos narrados.

Pretende também a autora seja o requerido condenado ao custeio de cirurgia plástica reparadora a fim de eliminar a cicatriz causada em seu abdome em decorrência do agravamento do quadro infeccioso, no valor apontado no orçamento de fl. 23 e não impugnado pela parte contrária, devidamente corrigido até a data do efetivo pagamento.

Relativamente ao último requisito da responsabilidade civil hospitalar, tem-se que, no caso, a relação de causalidade é manifesta, porquanto as lesões amargadas pela autora foram desencadeadas logo após a sua permanência no nosocômio demandado, e este não demonstrou que a infecção hospitalar tenha sido adquirida fora de suas dependências, por culpa exclusiva da autora ou de terceiro, ou por causa superveniente natural e decorrente da própria intervenção a que foi submetida.

Quanto à verba sucumbencial, assinala-se que a autora decaiu de parte mínima do pedido, aplicando-se, assim, a regra do art. 20, § 3º, do CPC, condenando-se o nosocômio réu ao pagamento das

despesas processuais e honorários advocatícios do patrono da autora, fixado em 15% sobre o valor da condenação.

Por fim, uma vez estabelecida a responsabilidade do réu pelos danos causados à autora, com a sua conseqüente condenação à compensação pelos danos morais, faz-se mister analisar a denunciação da lide requerida pelo Hospital réu à Unimed Litoral e ao médico José Maurício Ferracioli, responsável pela cirurgia realizada.

Relativamente à prestadora de serviços de plano de saúde, especificamente no caso em apreço, não há responsabilizá-la solidariamente pelos danos amargados pela autora porquanto, na qualidade de cooperativa de trabalho médico, a Unimed apenas encaminha seus usuários aos serviços de médicos e hospitais a ela conveniados, e arca com os custos desse atendimento, dentro dos limites estabelecidos em cada contrato de plano de saúde. Em contrapartida, os cooperados comprometem-se a prestar aos pacientes encaminhados todos os serviços e atendimentos disponíveis para a especialidade contratada, tal como se infere da cláusula segunda do contrato de fls. 155 a 157, firmado com o nosocômio réu.

Note-se que a operadora do plano de saúde não possui nenhuma ingerência sobre seus conveniados, notadamente sobre a conduta por estes praticada, durante os atendimentos dispensados aos usuários, razão pela qual não há reconhecer qualquer responsabilidade da Unimed pela ocorrência do fato gerador da responsabilidade civil, isto é, a infecção hospitalar contraída pela autora nas dependências do requerido.

Da mesma forma, não procede a denunciação feita ao médico que atendeu a autora, porquanto a infecção hospitalar não é tida como modalidade de erro médico, máxime quando a moléstia adquirida pela autora se acha estritamente ligada à atividade desempenhada pelo réu.

À guisa desses fundamentos, é forçoso reconhecer a ilegitimidade passiva dos litisdenunciados, pelo que há de ser julgada improcedente a denunciação da lide formulada pelo demandado, sujeitando-se este, em relação à lide secundária, aos efeitos da sucumbência.

Assim, deverá o réu arcar com os honorários advocatícios dos patronos dos litisdenunciados, fixados em R$ 3.000,00, para cada um, consoante o que estabelece o artigo 20, § 4º, do Código de Processo Civil.

Decisão

Nos termos do voto do relator, decidiu a Primeira Câmara de Direito Civil, por votação unânime, conhecer

do recurso e dar-lhe provimento parcial, e, de ofício, julgar improcedente a denunciação da lide formulada pelo réu.

Participou do julgamento o Exmo. Sr. Des. Sérgio Baasch Luz.

Florianópolis, 12 de setembro de 2006.

Carlos Prudêncio,
Presidente, com voto;
Joel Dias Figueira Júnior,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 2005.037879-5, DA CAPITAL

Relator designado: Des.Subst. Joel Dias Figueira Júnior

Apelação cível – Ação de exoneração de pensão alimentícia ajuizada por ex-marido – União desfeita há mais de 16 anos – Casamento mantido por tempo inferior (nove anos) -- Mitigação da regra de irrenunciabilidade prevista no artigo 1.707 do Código Civil de 2002 – Recurso provido.

I – A regra insculpida no art. 1.694, caput*, do novo Código Civil há de ser interpretada restritivamente e com comedimento, sem perder de vista que o dever de prestar alimentos para ex-cônjuge ou ex-companheira não é perpétuo, sob pena de transformar-se em penalidade, o que é inadmissível.*

II – Da não-perpetuidade da obrigação alimentícia entre ex-cônjuges ou ex-companheiros advém o corolário da imprescindibilidade de cada um envidar todos os seus esforços para a manutenção de sua própria subsistência, não se admitindo que, em pleno século 21, prestigie-se o ócio de qualquer um deles em prejuízo do outro.

III – A mens legis *contida no art. 1.694 do novo Código Civil está em sintonia com o dever de solidariedade entre ex-companheiros ou ex-cônjuges, até que o necessitado consiga adequar-se à nova realidade social e financeira, em prazo razoável, a ser concedido para a realização ou conclusão de cursos e obtenção de emprego compatível com a respectiva habilitação, sem que se prestigie a preguiça e a desocupação laboral.*

Dezesseis anos é tempo muito mais do que suficiente para que a recorrida tivesse encontrado o seu lugar no mercado de trabalho.

Nada obstante, preferindo a ex-mulher quedar-se ao ócio (que não pode eternizar-se), há de arcar com as conseqüências de sua inércia, no caso, a redução temporária da pensão, correspondente a dois salários mínimos, durante um ano e meio, termo que dará ensejo à exoneração da obrigação do recorrente de prestar alimentos.

IV – A regra da irrenunciabilidade dos alimentos (art. 1.707, novo Código Civil) só se aplica à obrigação alimentar decorrente do jus sanguinis*, não se estendendo aos cônjuges ou companheiros, máxime porque, entre estes, a obrigação tem caráter meramente obrigacional fundado em solidariedade não permanente.*

Ademais, no caso vertente, os alimentos foram fixados à recorrida sob a égide do Código de 1916, não sendo aplicável a nova orientação insculpida no aludido art. 1.707 do novo Código Civil.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2005.037879-5, da comarca da Capital (2ª Vara da Família), em que é apelante H.L. e apelada R. O. M.:

ACORDAM, em Primeira Câmara de Direito Civil, por maioria, conhecer do recurso e dar-lhe provimento.

Custas na forma da lei.

Relatório

H. L. ajuizou ação de exoneração de alimentos contra R. O. M. pelos fatos e fundamentos jurídicos descritos na exordial de fls. 2 a 8, alegando, em síntese, que:

1. Casou-se com a requerida em 10-7-82, com quem teve dois filhos;

2. Em 5-2-91 as partes separaram-se consensualmente e em 29-8-03 foi homologada a conversão da separação em divórcio, e, entre outras cláusulas do acordo, foi estabelecido o pagamento de pensão alimentícia, calculada sobre o vencimento líquido do varão, no percentual de 15% para a ré e 10% para cada um dos filhos do casal;

3. Posteriormente, a pensão alimentícia devida à filha mais velha passou a ser depositada diretamente na conta-corrente dela, enquanto a pensão devida ao filho foi suspensa porque ele passou a residir com o pai;

4. O valor da pensão paga à ex-cônjuge corresponde a R$ 1.882,51 (na época do ajuizamento da ação, em 2003);

5. Vem pagando pensão para a ré há quase 13 anos, período em que esta não procurou exercer nenhuma atividade laboral para sustentar-se, não obstante tivesse, ao tempo da separação, 30 anos de idade e plenas condições para ingressar no mercado de trabalho;

6. Desde 1996 a requerida vem mantendo relação concubinária com A. S.;

7. Do mesmo modo, em 1993 constituiu nova família com C.T. L., com quem teve um filho, nascido em 12-11-97, além de ter sob sua dependência econômica a menor T. L. G., filha de sua atual companheira.

Ao final, requer a procedência do pedido para:

1. Ser-lhe concedida, em sede de antecipação de tutela, a exoneração da pensão alimentícia paga à ré;

2. Ao final, exonerá-lo definitivamente do encargo alimentar devido à ex-cônjuge e condená-la ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios.

À causa foi atribuído o valor de R$ 22.590,12 e a inicial veio instruída com os documentos de fls. 9 a 46.

O pedido de tutela antecipada foi indeferido pelo Togado *a quo* à fl. 49.

Citada, a ré ofereceu resposta em forma de contestação (fls. 62 a 68), aduzindo, em síntese, que:

1. São inverídicas as acusações feitas pelo autor, na tentativa de denegrir a sua imagem;

2. Casou-se muito jovem com o autor e foi impedida por ele de exercer qualquer atividade laboral, sob o argumento de que sua função principal era cuidar dos filhos, impedimento que continuou existindo mesmo depois da desconstituição do casamento;

3. Passados 8 anos de casamento, após suportar por diversas vezes agressões verbais e físicas, foi abandonada juntamente com seus filhos;

4. Durante a vida comum o requerente possuía o hábito de beber, o que gerava situações constrangedoras perante a sociedade e os próprios colegas de trabalho;

5. A pensão paga pelo ex-marido é a única fonte de sua subsistência e não consegue ingressar no mercado de trabalho com a idade atual;

6. É inverídica a afirmação de que mantém união estável com outro homem, sendo que os documentos juntados pelo autor nada provam quanto à alegada relação. Ademais, mesmo que tivesse um namorado, isso não seria causa para a exoneração, já que com o fim do casamento cessou também o dever de fidelidade;

7. O fato de o autor ter constituído nova família não o desobriga de prestar-lhe alimentos, máxime porque os vencimentos auferidos mensalmente por ele são suficientes para prover o sustento da nova família bem como para cumprir com o encargo alimentar devido à ré.

Impugnação à contestação às fls. 87 a 91.

Saneador à fl. 97, irrecorrido.

Foi produzida prova oral (fls. 122 a 129).

Encerrada a instrução, as partes apresentaram suas derradeiras alegações (fls.132 a 139 e 140 a 145).

Instado, o representante do Ministério Público manifestou-se às fls. 147 a 150.

Sentenciando (fls.151 a 158), o Magistrado *a quo* julgou o pedido improcedente e condenou o autor ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios.

Inconformado, o autor interpôs o presente recurso objetivando, em síntese, a reforma da sentença pelos mesmos motivos anteriormente expendidos.

Contra-razões às fls. 177 a 191.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Doutor Paulo Roberto de Carvalho Roberge (fls.197 a 204), opinou pelo provimento parcial do recurso.

Presentes os pressupostos de admissibilidade do recurso.

Voto

O recurso interposto pelo autor há de ser conhecido e provido, pelas seguintes razões:

É fato incontroverso nos autos que o matrimônio dos litigantes manteve-se durante nove anos, a separação consensual verificou-se em 1991 e a conversão em divórcio foi homologada em 2003.

Também é incontroverso que, na época dos fatos, além do percentual destinado aos alimentos dos filhos então menores (20%), foi estabelecido 15% de pensão para a recorrida, total a incidir sobre os vencimentos líquidos do recorrente. Naquela ocasião, ela exercia apenas atividades do lar, na qualidade de mãe e esposa, não possuía emprego remunerado e contava com 30 anos de idade.

Desde então, passados nada menos do que 16 (dezesseis) anos, a recorrida quedou-se inerte na busca de aprimoramento de seus estudos e colocação profissional no mercado de trabalho, acomodando-se com a percepção dos alimentos pagos pelo ex-marido, durante todo este longo período.

Assinala-se, *en passant*, que, para o deslinde da causa, pouco importa se o recorrente constituiu nova entidade familiar ou se a recorrida vive em união estável com outro homem, assim como não faz nenhum sentido, nesta etapa da vida dos litigantes, trazer à baila o relacionamento pretérito do casal, os motivos da dissolução do matrimônio ou o comportamento social ou familiar de qualquer um deles.

O ponto controvertido é único, qual seja: se o recorrente tem direito ou não a ver acolhida a sua pretensão articulada na peça inaugural em demanda de exoneração da obrigação de prestar alimentos à sua ex-esposa, ou, em outras palavras, no delineamento da admissibilidade da permanência da percepção dos alimentos por tempo indeterminado no confronto com o pedido formulado e juridicamente possível de exoneração da aludida obrigação.

Sobre a matéria, dispõe o art. 1.694 do novo Código Civil, *in verbis*: "Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação.

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

A regra mencionada há de ser interpretada restritivamente e com comedimento, sem perder de vista que o dever de prestar alimentos

para ex-cônjuge ou ex-companheira não é perpétuo, sob pena de transformar-se em penalidade, o que é inadmissível.

Da não-perpetuidade da obrigação alimentícia entre ex-cônjuges ou ex-companheiros advém o corolário da imprescindibilidade de cada um envidar todos os seus esforços para a manutenção de sua própria subsistência, não se admitindo que, em pleno século 21, prestigie-se o ócio de qualquer um deles em prejuízo do outro.

A *mens legis* contida no art. 1.694 do novo Código Civil está em sintonia com o dever de solidariedade entre ex-companheiros ou ex-cônjuges, até que o necessitado consiga adequar-se à nova realidade social e financeira, em prazo razoável, a ser concedido para a realização ou conclusão de cursos e obtenção de emprego compatível com a respectiva habilitação, sem que se prestigie a preguiça e a desocupação laboral.

No caso em exame, quando a recorrida separou-se, contava com apenas 30 anos de idade, oportunidade em que deveria, paulatinamente, dar início a uma nova etapa de sua vida, adaptando-se à nova realidade social e econômica, assim considerado, entre outras facetas, o aperfeiçoamento de seus conhecimentos por meio de cursos técnicos ou universitários e o ingresso no mercado de trabalho.

Se, de início, essa mudança era de certa forma difícil, tendo em vista que os filhos, ainda menores, ficaram sob a sua guarda, com o passar dos anos, essa realidade foi-se modificando gradativamente, de maneira que poderia refazer a sua vida, com plena independência financeira do ex-marido. Bastaria apenas que a recorrida envidasse todos os seus esforços para atingir esses objetivos.

Não se diga também que o estudo ou trabalho que eventualmente viesse a empreender prejudicaria a educação de seus filhos. Se fosse assim, o que dizer das mulheres contemporâneas que colaboram de maneira cabal para o sustento da família sem descurar dos afazeres do lar?

Na verdade, estudar e/ou trabalhar em nada prejudica a educação dos filhos, ou o amor, o carinho e a atenção a eles conferidos. O que se verifica, na prática, é a natural redução do tempo compartilhado com os entes queridos, o que não desmerece os genitores que se enquadram nesse modelo nem põe em xeque a formação da prole.

Mesmo com o passar dos anos, com o crescimento e amadurecimento dos filhos (atualmente, H. tem 20 anos de idade e mora com o pai desde 2001 e a filha M. tem 23 anos), puramente por conveniência, preferiu a recorrida manter-se às

custas do ex-marido, percebendo durante 16 anos nada menos do que 15% do seu vencimento líquido de Promotor de Justiça (aproximadamente R$ 2.000,00).

Como se não bastasse, a regra da irrenunciabilidade dos alimentos (art. 1.707, novo Código Civil) só se aplica à obrigação alimentar decorrente do *jus sanguinis*, não se estendendo aos cônjuges ou companheiros, máxime porque, entre estes, a obrigação tem caráter meramente obrigacional fundado em solidariedade não permanente.

Outro não é o entendimento da melhor e dominante doutrina, assim como da jurisprudência, inclusive do Superior Tribunal de Justiça, encontrando-se superada, há muito, a Súmula 379 do Supremo Tribunal Federal (STJ, 4ª T., Recurso Especial n. 94.121/SP, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 27-8-1996; STJ, 3ª T., Recurso Especial n. 85.683/SP, rel. Min. Nilson Naves, j. 28-5-1996; STJ, 3ª T., Recurso Especial n. 48.550/SP, rel. Min. Waldemar Zveiter, j. 25-10-1994; STJ, 3ª T., Recurso Especial n. 40.408/SP, rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. 4-10-1994; STJ, 3ª T., Recurso Especial n. 37.151/SP, rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. 13-6-1994; STJ, 3ª T., Recurso Especial n. 19.453/RJ, rel. Min. Waldemar Zveiter, j. 14-4-1992; STJ, 3ª T., Recurso Especial n. 17.719/BA, rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. 16-3-1992; STJ, 3ª T., Recurso Especial n. 9.286/RJ, rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. 11-11-1991; STJ, 3ª T., Recurso Especial n. 36.749/SP, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 23-8-1999; STJ, 4ª T., Recurso Especial n. 64.449/SP, rel. Min. Bueno de Souza, j. 25-3-1999; STJ, 3ª T., Recurso Especial n. 95.267/DF, rel. Min. Waldemar Zveiter, j. 27-10-1997; STJ, 4ª T., Recurso Especial n. 33.815/SP, rel. Min. César Asfor Rocha, j. 24-6-1997; STJ, 3ª T., Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 11.690/DF, rela. Mina. Nancy Andrighi, j. 8-10-2001; STJ, 4ª T., Recurso Especial n. 254.392/MT, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. 13-2-2001; STJ, 4ª T., Recurso Especial n. 70.630/SP, rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, j. 21-9-2000; RT 731/278, 696/99 e 563/210; TJSP, 2ª Câmara de Direito Privado, Apelação n. 68.603.4/4, rel. Des. Linneu Carvalho, j. 10-3-1998; TJSP, 5ª Câmara de Férias "B" de Direito Privado, Apelação n. 11.350.4/7, rel. Des. Marco César, j. 9-8-1996; TJSP, 2ª Câmara de Direito Privado, Apelação n. 67.402-4/0, rel. Des. J. Roberto Bedran, j. 10-3-1998; TJSP, 3ª Câmara de Direito Privado, Agravo de Instrumento n. 090676-4/2, rel. Des. Mattos Faria, j. 23-2-1999).

Sobre o tema, escreve Regina Beatriz Tavares da Silva: "A renúncia aos alimentos feita por cônjuge ou por companheiro é legítima. Os alimentos somente são irrenunciáveis se decorrentes de parentesco (*jus sanguinis*), sendo que o cônjuge e

o companheiro não são parentes. Esclarece Yussef Said Cahali que, 'como os cônjuges são maiores e capazes, podendo eles, de comum acordo, dispensar a prestação, reconhece-se ser lícito [...] renunciar à pensão, sem direito de exigi-la posteriormente' (Divórcio e separação, 10. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, p. 225, *apud* Novo Código Civil Comentado, 5. ed., São Paulo, Saraiva, 2006, p. 1.404).

Desse posicionamento não discrepa a jurisprudência das cortes estaduais:

"Apelação. União estável. Dissolução. Renúncia. Pedido de alimentos após longo tempo de extinção do vínculo. Impossibilidade. Se a ex-companheira renuncia a alimentos quando da dissolução da união estável, não pode pleiteá-los cerca de 14 anos depois de extinto o vínculo. Ao cônjuge ou companheiro não se aplica o art. 404 do Código Civil de 1916, segundo inteligência do art. 396 do mesmo diploma legal" (TJMG -- Ap. Cív. n. 1.0701.04.079006-8/001, Uberaba, Sétima Câmara Cível, rel. Des. Wander Paulo Marotta Moreira, j. 26-4-2005, DJMG 1º-6-2005).

Com referência à irrenunciabilidade, convém destacar a lição de Sérgio Gilberto Porto:

"A nosso sentir, assiste razão àqueles que sustentam a renunciabilidade da obrigação alimentar decorrente do matrimônio. Com efeito, parece ser indiscutível a posição que considera irrenunciável apenas os alimentos derivados do *jure sanguinis*, aplicando-se, portanto, somente a estes a regra do art. 1.707 do CC. Assim, não sendo o cônjuge parente, seriam os alimentos devidos entre o marido e a esposa meramente obrigacionais e, portanto, dentro da esfera de disponibilidade de cada qual, podendo ou não renunciá-los, qualquer deles, na separação-divórcio do casal. Este é o entendimento que encontra respaldo nas lições de Washington de Barros Monteiro e Silvio Rodrigues" (*in* Doutrina e prática dos alimentos, 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 35).

Por outro lado, a recorrida é mulher saudável, de boa formação e escolaridade, e relativamente jovem (aproximadamente 45 anos), em perfeitas condições de ingressar no mercado de trabalho (em sintonia com o seu nível de escolaridade).

Como se não bastasse, constata-se que a recorrida ficou muito menos tempo casada (9 anos) do que percebe alimentos do recorrido (16 anos), tratando-se de verdadeira inversão de valores.

Ademais, para a percepção de alimentos, faz-se mister a identificação e harmonização do binômio necessidade e possibilidade. No caso, não resta a menor dúvida de que o recorrente pode pagar pensão

à recorrida. Contudo, o outro requisito (necessidade) não se faz presente, se não vejamos: além dos argumentos já expendidos, inexiste qualquer óbice para que a recorrida arque com a sua própria mantença.

A orientação deste egrégio Tribunal de Justiça é no mesmo sentido:

"Alimentos -- Exoneração [...] Os alimentos devidos ao ex-cônjuge, por força da obrigação de mútua assistência, não se confundindo com indenização, servem para prover a subsistência de quem não pode fazê-lo sozinho; para isto, na lição de Clóvis, foi criado o instituto e não com a finalidade de 'fomentar a ociosidade ou estimular o parasitismo' [...]" (3ª Câmara Civil, Apelação Cível n. 1998.001890-0, da Capital, rel. Des. Nilton Macedo Machado, j. 3-11-1998).

E, do corpo do acórdão, retira-se o seguinte excerto:

"[...] 'Diante de tal contexto, tenho que o acolhimento é imperioso. Afinal, alimentos servem para prover a subsistência de quem não pode fazê-lo sozinho. Do contrário, *data maxima venia*, estar-se-ia privilegiando e incentivando o ócio, atribuindo caráter comercial ao casamento, apequenando a alimentária, tornando-a eternamente dependente do alimentante, etc., etc., etc. Casamento não é negócio e pensão alimentícia não é indenização, aqui, ou seguro!

'Arnaldo Rizzardo in Direito de Família, vol. II, Aide, 1994, p. 765, explica: 'De idêntico modo, dá-se a exoneração sempre que o alimentando, com seus ganhos, torna-se capaz apenas para o sustento próprio. De outro lado, não há que se pensar, relativamente aos ex-cônjuges, que a prestação alimentícia tem um fundo, senão uma natureza, de indenização. Por mais ampla que se conceba a indenização, não é justificável no casamento. Seria tratar a relação conjugal como simples contrato, indiferente aos valores e elementos que a tornam um instituto, que nasce primeiramente da própria natureza, e que apenas secundariamente atinge a esfera jurídica'.

'Como já mencionado, a reconhecida igualdade, cânone constitucional, efetiva inclusive nos encargos (Ap. Cív. n. 44.908, de Lages, rel. Des. Francisco Oliveira Filho), não permite a manutenção de situações incompatíveis com este *status*. A evolução social, a atual condição da mulher, estão a exigir nova postura judicial. E isto, de certa forma, já ocorre.

'Veja-se, *mutatis mutandis*:

'Direito de Família. Civil. Alimentos. Ex-cônjuge. Exoneração. Filho [...] (*omissis*).

'Inaplicável à espécie, porque não se trata no caso de fixação de pensão alimentícia, o entendimento que se vem firmando no sentido de que, hodiernamente, dada a equiparação profissional entre mulheres e homens, ambos disputando em condições de igualdade o mercado de trabalho, não se mostram devidos, nas separações sem culpa, alimentos aos ex-cônjuges, salvo se comprovada a incapacidade laborativa de um deles' (STJ, Recurso Especial n. 21.697-0-SP, rel. Min. Sálvio de Figueiredo).

'Não destoa o egrégio Tribunal de Justiça:

'Como bem acentua Yussef Said Cahali (*op. cit*., p. 548), citando Clóvis, '*aquele que possui bens ou está em condições de prover à sua subsistência por seu trabalho, não tem direito de viver às custas dos outros. O instituto dos alimentos foi criado para socorrer os necessitados, e não para fomentar a ociosidade ou estimular o parasitismo*. Eles se dão, *pietatis causa*, *ad necessitatem*, e não *ad utilitatem* e, muito menos, *ad voluptatem*'. E completa, mais adiante, mencionando Lourenço Prunes, que 'o indivíduo válido, com capacidade, pleiteará alimentos simplesmente porque está desempregado; precisará prova que não consegue ocupação, ou que tem dificuldades de consegui-la, sejam por suas condições personalíssimas, seja por fatores ligados ao mercado de trabalho' (p. 551) concluindo que, 'assim, se a lei impõe ao mesmo tempo o dever que tem o indivíduo de produzir ou tentar produzir para viver, antes de invocar o auxílio de outrem, exercitando desse modo o senso de responsabilidade de todo homem, compelindo-o a trabalhar para utilidade própria e de seus familiares, como sobretudo para o bem geral, não se pode negar a esse preceito universal a ressalva de impossibilidade, pois *ad impossibilia nemo tenetur*' (p. 552)' (Agravo de Instrumento n. 1996.006760-4, de Pomerode, rel. Des. Pedro Manoel Abreu) (sublinhei).

'E mais adiante acrescenta o ilustre Magistrado:

'[...] embora se tenha de reconhecer que, na atualidade, em razão da separação do casal, a mulher terá de entender deve se adaptar a uma nova realidade, não podendo exigir permanência do *status quo ante*, com o mesmo padrão de vida que suportaria se separada não fosse do cônjuge, pois isto é fruto da própria contingência' (mesma obra, p. 557)'.

'É do mesmo egrégio Tribunal:

'Alimentos. Ausência de prova da necessidade. Direito que se funda no binômio necessidade/possibilidade. Recurso provido.

'O instituto dos alimentos foi criado para socorrer os necessitados e não para fomentar a ociosidade ou estimular o parasitismo (Beviláqua, Clóvis, Comentários ao Código Civil, 7. ed., vol. 2, p. 390, *apud* Santos, Gizelda Maria Scalon Seixas, União Estável e Alimentos, 1996, Editora de Direito Ltda., São Paulo, p. 97).

'Sem a prova da necessidade -- elemento que compõe o binômio necessidade/possibilidade, no qual se funda o direito de postulá-los -- não há ensejo à sua concessão' (Ap. Cív. n. 1996.001211-0, da comarca da Capital, rel. Des. Sérgio Paladino)' (fls. 118 a 121) [...]".

E mais:

"Alimentos. Ex-esposa jovem e saudável. Exoneração após 10 anos de divórcio. Possibilidade. Tratamento igualitário. Exegese do art. 226, § 5º, da CF. Recurso desprovido. 'Com a chegada da Constituição de 1988, estatuindo a perfeita igualdade jurídica entre o marido e a mulher, os deveres conjugais passaram a correr tanto em mão como em contramão, podendo ser exercidos igualmente pelo homem e pela mulher (art. 226, § 5º), assim 'precisa a mulher se afastar e refugar a ultrapassada noção chauvinista de pretensos direitos de ser sustentada. Deve trabalhar como todos, presente a igualdade dos sexos constitucionalmente conquistada'" (Yussef Said Cahali). Para fazer jus a alimentos, não basta comprovar a possibilidade que tem o alimentante de prestá-los. Antes, deve restar demonstrada a necessidade do alimentado e o direito de recebê-los, sob pena de se transformar esse que é um dos mais nobres institutos do direito privado, em permanente e inesgotável fonte de renda e estímulo à ociosidade" (4ª Câmara Civil, Ap. Cív. n. 1998.000117-0, da Capital, rel. Des. Francisco Borges, j. 8-4-98).

Ainda:

"Exoneração de alimentos [...] Se mulher jovem e saudável pode trabalhar e prover o próprio sustento, não se pode transformar o instituto dos alimentos em permanente e inesgotável fonte de renda e estímulo à ociosidade" (4ª Câmara Civil, Ap. Cív. n. 2001.2402-8, de Joinville, rel. Des. Nelson Schaefer Martins, j. 21-9-00).

Em arremate, cita-se entendimento precedente já esposado por esta egrégia Primeira Câmara de Direito Civil, em acórdão da lavra do eminente Desembargador Carlos Prudêncio:

"Não há razão para que a pensão alimentícia perpetue-se através dos tempos quando o vínculo matrimonial já se desfez. Cada um, sendo perfeitamente capaz de trabalhar, deve procurar seu sustento de forma honesta e individualmente, sem configurar o casamento eterna

fonte de rendimentos" (Ap. Cív. n. 2002.0077486-7, DJ 5-12-02).

Em síntese: o requisito "necessidade" está intimamente ligado à impossibilidade do alimentando autosustentar-se, não se confundindo com a ociosidade deliberada. *In casu*, o que se constata é que a recorrida, mesmo depois de separada e divorciada, jamais desejou trabalhar, optando por viver às custas do ex-marido, o que é inaceitável.

Se outro for o entendimento, isto é, no sentido de que a obrigação de prestar alimentos entre ex-cônjuges ou ex-companheiros, em situações idênticas ou similares ao caso em exame, equipara-se à "pensão vitalícia", como fonte eterna e inesgotável de rendimentos, por certo, num futuro não muito distante, mais ninguém, em sã consciência, contrairá matrimônio ou viverá em união estável, sob pena de ser penalizado, caso dissolvido o vínculo, com o pagamento perpétuo de alimentos. Sem dúvida, entendimento teratológico dessa ordem não prevalecerá jamais.

Por outro lado, diante das particularidades do caso, não se afigura prudente exonerar-se, de plano, o recorrente da obrigação de alimentar, sendo de bom alvitre que se conceda um prazo peremptório razoável para que a recorrida organize a sua vida pessoal financeira, de maneira a não ficar desprovida, de um momento para outro, de qualquer rendimento.

Por esses motivos, reduz-se a pensão alimentícia ao equivalente a 2 (dois) salários mínimos, pelo prazo improrrogável de um ano e meio, a contar da data da publicação do acórdão, termo definido para a exoneração da obrigação alimentícia.

Condena-se a recorrida ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios, fixados em R$ 3.000,00, com fulcro no art. 20, § 4º, do CPC.

Decisão

Nos termos do voto do Relator designado, decidiu a Primeira Câmara de Direito Civil, por maioria, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, para reduzir o valor da pensão alimentícia para 2 (dois) salários mínimos, pelo prazo peremptório de um ano e meio, termo definido para a exoneração da obrigação alimentar.

Presidiu o julgamento, com voto vencido, o Exmo. Sr. Des. Carlos Prudêncio e participou, 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. Paulo Roberto de Carvalho Roberge.

Florianópolis, 9 de maio de 2006.

Maria do Rocio Luz Santa Ritta,
Presidente para o acórdão;
Joel Dias Figueira Júnior,
Relator designado.

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Carlos Prudêncio

Ousei divergir da douta maioria pelos motivos que ora seguem:

Inicialmente, vale frisar que o principal argumento do apelante H.L. para ver-se exonerado da pensão alimentícia é o relacionamento mantido pela apelada R.O.M. com o senhor A.S.

Entretanto, segundo as provas produzidas nos autos, o envolvimento do citado casal é apenas um "namoro" de contatos esporádicos e sem o caráter da efetividade, o que não configura uma relação de concubinato.

É pacífico na jurisprudência e na doutrina que o simples namoro da alimentanda com outra pessoa não afasta o dever alimentar, tendo em vista que somente com a comprovação cabal de constituição de nova família é que se poderia extinguir tal obrigação.

E, ainda, acórdão da Primeira Câmara de Direito Civil, na Apelação Cível n. 1998.007571-8, da Capital, publicada no DJ de 3-12-1998, *in verbis*:

'"A alegação de concubinato ou mesmo da conduta moral inconciliável com o direito de alimentos, por parte de mulher, há que ser cumpridamente demonstrada. Simples indícios e presunções, desacompanhados de fatos concretos, não autorizam pedido de exoneração, de gravíssimas conseqüências para a alimentanda, eis que o reconhecimento dessa motivação implica a perda em definitivo dos alimentos' (RJTJRGS -- 125/414)" (rel. Des. Orli Rodrigues).

Com relação ao argumento de que a apelada R.O.M. é mulher jovem e saudável, tendo plena capacidade de prover-se, também não logrou êxito o apelante H.L.

O que se percebe dos autos é que a apelada é uma mulher de 45 anos, ou seja, goza de idade avançada para o mercado de trabalho, e sem qualificação, o que por certo dificultará, ou impossibilitará, a ela, mesmo com muita disposição, obter trabalho ou uma fonte de renda razoável para a sua subsistência.

Conforme muito bem expôs o digno Togado de primeiro grau em sua judiciosa sentença:

"Cabe mais enfatizar o que o próprio autor afirma em seu depoimento pessoal que quando se casaram a requerida não trabalhava, que durante o casamento a requerida ficou cuidando dos afazeres domésticos e das funções maternais; que diante da tenra idade dos filhos o depoente recomendava sobre a não necessidade da requerida trabalhar; que além de tal recomendação a requerida não revelava vontade de

exercer uma atividade remunerada e nem prosseguiu nos estudos [...] que quando casou já fazia parte do Ministério Público e a esposa e filhos sempre o acompanharam nas comarcas onde trabalhou, demonstrando que a ré privou-se de seus interesses pessoais em favor da prole. Ora, apesar de consignar que até não externou interesse em qualificar-se profissionalmente, é certo que a tal desiderato da mesma aderiu o autor, eis que como ele próprio afirma, indicava a presença da esposa cuidando das lides domésticas com curial à formação dos filhos e conseqüentemente da família, sendo esta a razão que impediu-a de buscar formação profissional adequada. Ainda por este prisma, os alimentos são igualmente devidos, consoante art. 1.695 da Lei Civil" (fl. 157).

Ora, não há dúvidas de que retirar a atual fonte de subsistência da apelada ou diminuir a pensão alimentícia para 2 salários mínimos é sinônimo de abandono, cujo encargo, com certeza, o apelante tem condições de honrar, tendo em vista que a constituição de nova família pelo alimentante não tem o condão de afastar sua obrigação alimentar.

Outro não é o entendimento deste Tribunal de Justiça, conforme Apelação Cível n. 2004.006735-6, de Pinhalzinho, publicado no DJ de 24-8-2004, verbis:

"A constituição de nova família não possui o condão de exonerar ou permitir a redução da verba alimentar previamente acordada, eis que o alimentante estava ciente da obrigação dantes assumida, cabendo a este zelar para que a formação de novo relacionamento não influenciasse no padrão alimentar anteriormente percebido pela alimentada" (rela. Desa. Salete Silva Sommariva).

Por conseguinte, diante de todo o exposto, voto no sentido de reduzir a pensão alimentícia para o patamar de 7,5 salários mínimos, sem a fixação de prazo mínimo para a exoneração do apelante.

Carlos Prudêncio

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

AGRAVO DE INSTRUMENTO

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 2004.012495-3, DE RIO NEGRINHO

Relator: Des. Monteiro Rocha

Processual civil – Recebimento de recurso – Efeito devolutivo – Inconformismo – Pensão decorrente de ilícito – Verba alimentar conseqüente de parentesco e alimentos legais – Ausência legal de diferenciação – Art. 520, II, do CPC – Interpretação teleológica – Interlocutório mantido – Provimento negado.

Para fins de recebimento recursal, o legislador processual civil não diferenciou alimentos, alimentantes e alimentados, pelo que não pode o intérprete dispor diferentemente sobre situações idênticas.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 2004.012495-3, da comarca de Rio Negrinho, em que é agravante Só Berços Indústria e Comércio de Móveis Ltda. e agravada Hilda Marquette Müller:

ACORDAM, em Segunda Câmara de Direito Civil, por votação unânime, negar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

Relatório

Tratam os autos de agravo de instrumento interposto por Só Berços Indústria e Comércio de Móveis Ltda., porque inconformada com interlocutório que recebeu apelo no efeito meramente devolutivo, em relação à pensão mensal fixada em ação de indenização por acidente de trabalho proposta por Hilda Marquette Müller contra a agravante.

Pondera a agravante que o disposto no art. 520, II, do CPC, aplica-se tão-somente às ações de alimentos decorrentes de obrigação familiar, pelo que requereu a suspensão liminar do decisório agravado e, ao final, o provimento do agravo para receber o recurso de apelação nos efeitos devolutivo e suspensivo.

O efeito suspensivo foi deferido pelo interlocutório de fls. 80 e 81.

Contra-arrazoado o recurso, os autos ascenderam a esta superior instância.

Voto

O recurso reúne as condições de admissibilidade. Assim, dele conheço, com observância do disposto no art. 559 do CPC.

O recurso deve ser desprovido.

Entendo que o artigo 520, II, do CPC não se refere exclusivamente à obrigação alimentar decorrente de parentesco, casamento e concubinato. Inclui, também, por ser questão de justiça, alimentos decorrentes de ilícito.

O recurso contra sentença que decreta alimentos (independentemente da causa) não tem efeito suspensivo porque o direito deve proteger a vida e a subsistência do alimentado.

Reduzida a possibilidade econômica ou ceifada a vida do alimentante – marido da autora –, deve haver a substituição do devedor alimentar, conforme artigos 1.537, II, e 1.539, ambos do Código Civil, combinados com o artigo 520, II, do CPC.

A interpretação que se deve emprestar ao art. 520, II, do CPC não é outra senão aquela que considera a verdadeira finalidade da norma. E qual é a finalidade do art. 520, II, do CPC, quando determina que as apelações cíveis dirigidas contra sentenças que condenam à prestação de alimentos sejam recebidas no efeito meramente devolutivo? A resposta é uma só: a de evitar que o alimentando pereça em face da demora na prestação jurisdicional. E por quê? Porque a verba alimentar destina-se à satisfação das necessidades básicas do alimentando, independentemente das causas que redundaram

na hipossuficiência econômica e/ou na impossibilidade total ou parcial de o alimentando manter patamar de suas necessidades básicas ao direito de viver.

Nesse sentido, o mestre Araken de Assis ensina o seguinte:

"É bem conhecida a advertência de Pontes de Miranda, reproduzida em quase toda parte, de que a palavra alimento, conforme a melhor acepção técnica, e, conseguintemente, podada de conotações vulgares, possui o sentido amplo de compreender tudo quanto for imprescindível ao sustento, à habitação, ao vestuário, ao tratamento das enfermidades e às despesas de criação e de educação. Ensinamento análogo se encontra nas fontes do direito luso-brasileiro. Hoje em dia, ao catálogo mencionado se acrescenta o lazer, fator essencial ao desenvolvimento equilibrado e à sobrevivência sadia da pessoa humana.

"Tais elementos, destinados ao implemento das necessidades básicas do ser humano, correspondem a certa obrigação – a obrigação alimentar –, na medida em que a lei (art. 397 do CC; art. 7º da Lei 9.278/96), a convenção (art. 1.687 do CC) e o ato ilícito (art. 1.537, II, do CC) ostentam a virtualidade de impor a alguém o dever de prestar alimentos a outrem. Logo, alimentos são prestações para satisfazer as necessidades vitais de quem não pode provê-las por si" (ASSIS, Araken de. Da execução de alimentos e prisão do devedor. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 88 e 89).

Ora, é fácil perceber que a verba postulada a título de pensão mensal pela agravada, nos autos da ação de indenização por acidente de trabalho, visa satisfazer suas comezinhas necessidades, que eram custeadas pelo seu marido e que foram cessadas após o ilícito informado na indenizatória.

O entendimento de que não se aplica a regra do art. 520, II, do CPC às pensões mensais fixadas em decorrência de ato ilícito foi ultrapassado pela doutrina mais abalisada.

Em sua obra, Yussef Cahali adverte o seguinte:

"Quanto à obrigação alimentar conseqüente da prática de ato ilícito, representa ela uma forma de indenização do dano *ex delicto*.

"Tem-se pretendido que, distintas as causas geradoras de alimentos, igualmente o seriam as obrigações de distintas causas, seja na sua estrutura interna, seja na sua disciplina jurídica, impossibilitando desse modo uma regulamentação unitária para todas; e se repelindo, assim, a pacificação dos princípios aplicáveis às modalidades ora consideradas, regulando-se cada uma delas segundo normas específicas.

"[...] Assim, em função dessa unicidade, inobstante o diversificado das causas geradoras, permite-se afirmar que as dívidas alimentares obedeceriam a um regime jurídico pelo menos parecido.

"[...] Em realidade, atento ao pressuposto da unicidade de destinação dos alimentos, não se pode pretender – apenas em função da diversidade das causas geradoras da obrigação alimentar – a fragmentação do instituto em compartimentos estanques, informando-se cada modalidade em princípios autônomos, com disciplina jurídica exclusiva e incomunicável.

"[...] Neste campo, mais do que em qualquer outro, se não se reconhece a existência de uma disciplina unitária para as obrigações alimentares, resultantes de diversas causas (o que, efetivamente, mostra-se inviável), admite-se, pelo menos, uma certa migração normativa entre os vários ramos do direito, com fulcro na analogia justificada pela unicidade na destinação do benefício.

"Moura Bitencourt lembra que, nas dívidas por acidentes do trabalho (a que acrescentamos as dívidas resultantes de ato ilícito) e nas obrigações decorrentes de benefícios previdenciários, em que as prestações devidas, embora não se revistam especificamente de obrigação alimentar, são elas tratadas como revestidas de tal caráter.

"[...] Nada obsta, portanto, em princípio, à aproveitabilidade de certas regras inerentes aos alimentos legítimos no âmbito da obrigação alimentar que tenha como causa a atividade voluntária ou o ato ilícito; especialmente quando se considera que se tem sustentado a natureza contratual dos alimentos convencionados em cláusula de desquite amigável; ou se pretende cunho indenizatório à obrigação alimentar imposta ao cônjuge de má-fé, no casamento putativo; ou ao cônjuge responsável pela dissolução da sociedade conjugal ou do vínculo matrimonial.

"Em realidade, embora haja consenso na doutrina e jurisprudência no sentido de que a 'pensão de alimentos', mencionada no art. 1.537, II, do CC e no art. 948, II, do Novo Código Civil, serve apenas como referencial ou parâmetro na fixação do dano indenizatório decorrente do ato ilícito" (CAHALI, Yussef Said. Dos alimentos. 4. ed. rev. ampl. e atual. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 23 a 25).

Ora, a grande semelhança entre os alimentos decorrentes de ato ilícito e os alimentos decorrentes do direito de família é a unicidade de destinação. Quer isso dizer que tanto os alimentos decorrentes de ilícito quanto aqueles decorrentes de vínculo familiar tem o mesmo destino, qual seja, o de satisfazer as necessi-

dades comezinhas de sobrevivência do alimentando.

Na proporção em que o art. 520, II, do Código de Processo Civil tem a finalidade de concretizar o pagamento de alimentos independentemente da demora no julgamento de recursos, a fim de que não haja o perecimento do alimentando, pouco importa se os alimentos decorrem de vínculo familiar ou de ilícito praticado pelo alimentante.

Em ambos os casos, atendendo-se à finalidade da norma em referência (art. 520, II, do CPC), deve o apelo ser recebido exclusivamente no efeito devolutivo, a fim de que se possa concretizar o destino dos alimentos, que é o de satisfazer as necessidades básicas do alimentando.

Aduzo a essas argumentações as lições de Luiz Guilherme Marinoni, Pontes de Miranda e Araken de Assis, citadas na contraminuta de fl. 89, porque, ao permitirem a execução de alimentos decorrentes de ato ilícito pela via do art. 734 do CPC, referendam o entendimento de que o art. 520, II, do CPC aplica-se, também, a referidos alimentos.

Não bastasse isso, segundo entendimento do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, é apenas devolutivo o efeito da apelação interposta da sentença que, em ação de modificação de cláusula de separação judicial, condena a prestação de alimentos (in Nelson Nery Junior, Recursos, n. 3.5.2.5, p. 398).

Se, em separação judicial cumulada com alimentos, o efeito suspensivo conferido à apelação somente atinge a parte da sentença que julgou a separação, não alcançando a condenação em alimentos, o mesmo se pode dizer com relação às sentenças decorrentes de obrigação alimentar por parentesco e sentenças decorrentes de obrigação alimentar por ato ilícito.

Decorrente da lei ou do contrato, ou ainda da natureza, a obrigação alimentar tem como objetivo último a possibilidade de o alimentado exercer seu direito à vida, e não serão os efeitos processuais da devolutividade e da suspensividade que irão modificar o verdadeiro escopo da verba alimentar. É o filho incapaz que necessita de alimentos? É a vítima impossibilitada de trabalhar que precisa de verba alimentar? É a mulher que, após trinta anos de casamento voltados exclusivamente para o lar, necessita de se alimentar? Enfim, em quaisquer desses casos, é o amor, é a solidariedade, é a humildade que irão transformar tristezas e misérias em auto-estima e direito a uma vida mínima, por meio de norma processual que objetive justiça a quem pede seu socorro.

Outrossim, o legislador processual não diferenciou a origem dos alimentos para fins de recebimento recursal, pelo que não pode o intérprete discriminar as classes de alimentos e de alimentados porque todo alimento é alimento e todo alimentado é alimentado, como todo filho é filho, sempre dentro da mesma ideologia protetiva do direito alimentar.

Nesse contexto de moderna e razoabilíssima orientação doutrinária, nego provimento ao agravo para manter exclusivamente o efeito devolutivo do recurso de apelação no tocante ao *quantum* alimentar fixado.

Decisão

Nos termos do voto do Relator, a Segunda Câmara de Direito Civil, por unanimidade de votos, resolve negar provimento ao recurso.

Participou do julgamento o Exmo. Sr. Des. Luiz Carlos Freyesleben.

Florianópolis, 4 de maio de 2006.

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

APELAÇÕES CÍVEIS

APELAÇÃO CÍVEL N. 2003.020372-9, DE CRICIÚMA

Relator: Des. Monteiro Rocha

Direito civil – Família – Investigação de paternidade – Paternidade confirmada – Procedência da ação no juízo a quo *– Irresignação – Inexistência de documentos que comprovam relação sexual do apelante com a genitora do investigante – Inépcia da inicial – Preliminar inacolhida – Análise incorreta das provas – Índice de paternidade no DNA suficiente – Recurso desprovido.*

Porque a relação sexual não se comprova por meio de documentos mas, sim, pelo exame DNA ou secundariamente por testemunhas fáticas, afasta-se a inépcia do pedido inicial por ausência de documento que comprove relação sexual entre o investigado e a mãe do investigante.

Ao apresentar índice de paternidade de 99,999991%, o exame DNA, por si só, é suficiente para indicar quem é o genitor do investigante.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2003.020372-9, da comarca de Criciúma, em que é apelante O. T., e apelado P. da R.:

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

Custas na forma da lei.

Relatório

P. da R. ajuizou ação de investigação de paternidade contra O. T.

Instruído o feito, inclusive com exame DNA, a sentença de fls. 165 a 174 reconheceu a paternidade de O. T. em relação ao autor P. da R.

Irresignado com a prestação jurisdicional, O. T. interpôs apelação cível alegando que nunca manteve relações sexuais com a genitora do autor apelado e que as provas produzidas não foram corretamente valoradas; requereu, assim, a reforma da sentença de primeiro grau.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer lavrado pelo Dr. Anselmo Jerônimo de Oliveira, opinou pelo conhecimento e desprovimento do recurso.

Voto

O. T. interpôs apelação cível alegando, preliminarmente, ser a inicial inepta por ausência de comprovação do relacionamento sexual entre ele e a genitora do apelado; quanto ao mérito, alega que a prova pericial não apresenta elementos de convicção suficientes para lhe atribuir a paternidade.

O recurso interposto é meramente procrastinatório.

Pretende o apelante que este Tribunal declare a inépcia da inicial por ausência de documento que demonstre a existência de sua relação sexual com a genitora do investigante.

A preliminar de inépcia da inicial argüida revela-se despropositada. É que é inadmissível pretender a comprovação de relação sexual por meio de documento, quando se sabe que só pode ser provada por meios técnicos ou por robusta prova testemunhal que indique diretamente a relação fática ensejadora da investigação de paternidade.

No tocante ao mérito, alega o apelante que a prova pericial relativa ao exame DNA não apresenta elementos para lhe atribuir a paternidade buscada nesta demanda.

O Tribunal de Justiça de Santa Catarina, por meio de suas Câmaras de Direito Civil e de seu Grupo de Câmaras de Direito Civil, já pacificou entendimento de que o exame DNA, pelo seu alto grau de precisão científica, é o meio processual mais apto a afastar ou a acolher as demandas investigatórias de paternidade.

Por ser trabalho científico de precisão quase que absoluta, a jurisprudência tem entendido -- em matéria de investigação de paternidade -- ser desnecessária a realização de outras provas quando o percentual de compatibilidade de genes é superior a 99,9999%.

Transcreve-se ensinamento do jurista Sílvio Rodrigues:

A propósito, "o Tribunal de Justiça de São Paulo em julgamento realizado em abril de 1999, converteu o julgamento de uma investigação de paternidade em diligência, para determinar a realização do teste DNA, por entender inconcebível, 'nos dias de hoje', que não se produza tal prova numa ação dessa natureza. Eis a ementa do acórdão (AC 94625-4):

'"Convivendo-se com ciência genética avançada e absolutamente confiável, não se admite julgamento de ação de investigação de paternidade sem esgotar a possibilidade de confirmação da filiação pelo DNA, agora realizado gratuitamente. Conversão do julgamento em diligência para determinar a realização do exame"' (RODRIGUES, Sílvio. Direito civil: direito de família. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 6. p. 375).

Outrossim, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina vem trilhando o caminho acima, como se vê dos acórdãos abaixo:

"O exame de DNA positivo basta para a declaração judicial da paternidade investigada quando a probabilidade da consangüinidade coloca-se em percentual superior a 99%" (TJSC, Segunda Câmara de Direito Civil, rel. Des. Luiz Carlos Freyesleben, Ap.

Cív. n. 2003.008024-4, de Chapecó/SC).

-- "A realização de exame de DNA, com probabilidade de acerto de 99,9999%, confere ao magistrado segurança e certeza suficiente ao reconhecimento da paternidade, mormente se o investigando não produziu prova capaz de abalar a convicção advinda do laudo pericial (TJSC, Grupo de Câmaras de Direito Civil, rel. Des. Wilson Nascimento, A. R. n. 2003.005844-3, de Itajaí/SC)".

De acordo com a conclusão do laudo técnico pericial de fl. 137, o Sr. O. T. é pai biológico de P. da R., por apresentar índice de probabilidade de paternidade de 99,999991%; afasta-se, de vez, a necessidade de outras provas para a solução da *quaestio*.

Ante o expendido, voto pelo desprovimento do recurso interposto.

Decisão

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

Participou do julgamento o Exmo. Sr. Des. Luiz Carlos Freyesleben. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Anselmo Jerônimo de Oliveira.

Florianópolis, 11 de maio de 2006.

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

APELAÇÃO CÍVEL N. 2004.016128-0, DE IMBITUBA

Relator: Des. Monteiro Rocha

Direito civil – Coisas – Usufruto sobre imóvel – Extinção – Improcedência no Juízo a quo *– Inconformismo – Usufruto decorrente de casamento do filho do proprietário – Separação do casal usufrutuário – Causa motivadora – Cessação – Art. 739, III, CC/1916 – Extinção do gravame – Recurso provido.*

Constituído usufruto em decorrência de casamento do filho de proprietário, extingue-se o gravame se houver separação do casal usufrutuário, cessando a causa do referido direito real.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2004.016128-0, da comarca de Imbituba (Vara Única), em que é apelante Loide Ávila de Souza Alvez, e apelada Adair de Oliveira:

ACORDAM, em Segunda Câmara de Direito Civil, por votação unânime, conhecer do recurso e dar-lhe provimento para julgar procedente o pedido, invertidos os ônus de sucumbência e concedida assistência judiciária à apelada.

Custas na forma da lei.

Relatório

Loide Ávila de Souza Alvez, qualificada nos autos, por meio de advogado, ajuizou ação de extinção de usufruto contra Adair de Oliveira.

Afirmou ser proprietária de um imóvel de 570m², situado em Vila Nova, município de Imbituba/SC.

Prosseguiu argumentando que constituiu usufruto vitalício sobre o bem, em favor de seu filho casado Gideon de Souza Alves e de sua esposa, Adair de Oliveira (requerida).

Sustentou que a requerida e seu filho estão separados há algum tempo e que está em curso ação de separação litigiosa.

Aduziu que a cláusula de usufruto perdeu seu objeto, uma vez que foi instituída em benefício do casal, que agora está separado, e que seu filho concorda com a extinção do gravame.

Assim discorrendo, requereu a procedência do pedido, com a extinção do usufruto e a efetivação do respectivo registro imobiliário.

Citada, Adair de Oliveira ofereceu contestação, argumentando que o usufruto é vitalício e que não ocorreu nenhuma das hipóteses de extinção previstas no art. 739 do CC/1916.

Enfatizou que, "se houve separação do casal, foi simplesmente pelo fato do ex-marido da requerida, filho da autora, ter abandonado sua casa e seus filhos para ir viver com outra mulher".

Relatou que "vem mantendo sua condição de usufrutuária em perfeita harmonia com o disposto em lei, residindo no bem com seus dois filhos menores, na mesma maneira de quando era casada, não tendo sequer outro lugar para residir".

Ao final, pugnou pela improcedência do pedido.

Em réplica à contestação às fls. 13 e 14, a autora alegou que "cedeu usufruto de seu imóvel ao filho e à nora, em face do casamento, sendo esta a causa intrínseca da disposi-

ção. Uma vez extinto o casamento, portanto, não há mais razão para a manutenção do usufruto, que foi concedido a ambos os cônjuges".

À fl. 17, a autora informou que a requerida não reside mais no imóvel objeto de litígio, juntando documento.

Em audiência conciliatória, apreciando antecipadamente a lide, o Magistrado *a quo* julgou improcedente o pedido.

A parte dispositiva da sentença apelada possui o seguinte teor (fl. 33):

"Ante o exposto, julgou improcedente o pedido formulado por Loide Ávila de Souza Alves, em face de Odair de Oliveira, com fulcro no art. 269, I, do CPC. Condeno a autora ao pagamento das custas processuais e verba honorária, que fixo em R$ 600,00, ante o trabalho realizado, com fulcro no art. 20, § 4º, do CPC. Todavia, fica suspenso o pagamento em face do disposto no art. 12 da Lei 1.060/50".

Inconformada com a sentença proferida, a autora Loide Ávila de Souza Alvez interpôs recurso de apelação, alegando o seguinte: a) que o usufruto foi instituído visando à morada do casal; b) que cessou a causa que originou o usufruto (art. 739, III, CC/1916), pois a apelada e seu filho separaram-se; c) que sua ex-nora, ora requerida, não mais reside no imóvel, o qual está locado a terceiros.

Não houve contra-razões (fl. 44).

Voto

A súplica recursal é dirigida contra sentença que, em ação de extinção de usufruto, julgou improcedente o pedido sob o fundamento de que "não se verifica nenhuma das hipóteses previstas no art. 739 do Código Civil de 1916" (fl. 33).

É indispensável afirmar alguns dados que interessam à causa: conforme certidão de óbito exarada em 8-9-99 (fl. 34), o usufrutuário Gedeon de Souza Alves, filho da requerente, faleceu em 3-9-99, e, à época daquela certidão, filho e nora da autora já estavam separados civilmente. Outra informação importante é a de que o ajuizamento desta ação aconteceu em 22-9-98 e que a usufrutuária/requerida Adair de Olivera já não se encontra morando no imóvel objeto do usufruto (certidão de fl. 31v.).

Importa ressaltar que no registro imobiliário foi constituído usufruto em favor de Gideon de Souza Alves (filho da autora) e de Adair de Oliveira Alves (ex-nora da autora), pelo que ambos deveriam obrigatoriamente integrar a demanda.

Entretanto, foi noticiado nos autos que a parte ausente, Gideon de

Souza Alves, faleceu no transcurso do processo, conforme certidão de óbito de fl. 34. Desapareceu, assim, referido óbice processual, em decorrência de fato superveniente, de modo que é suficiente a presença da requerida na lide.

Estabelece o art. 462 do Código de Processo Civil que: "se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento da lide, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a sentença".

No tocante ao mérito, alega a autora apelante que o usufruto vitalício foi instituído em benefício do casal para fins de moradia, e que a causa motivadora do direito real cessou por ocasião da separação dos consortes.

As razões recursais merecem acolhimento.

Depreende-se do registro imobiliário de fl. 5 que a autora, proprietária do imóvel objeto do litígio, constituiu usufruto vitalício do bem em favor de seu filho (falecido no curso do processo) e de sua exnora, ora requerida.

Extrai-se do registro imobiliário:

"Usufruto vitalício – a compra do terreno ora feita é com reserva de usufruto em favor de Gideon de Souza Alves, vendedor autônomo, C.I. n. 585.397 e sua esposa Adair de Oliveira Alves, professora, residentes e domiciliados em Vila Nova, Imbituba, SC, enquanto vivos forem, e que por morte de um deles o usufruto passará ao cônjuge sobrevivente, e que por morte de ambos o imóvel o passará a plena propriedade da compradora, a Sra. Loide Avila de Souza Alves".

É fato incontroverso nos autos que o usufruto foi instituído a fim de propiciar morada ao casal, promovendo segurança e estabilidade ao desenvolvimento da família.

Outrossim, é fato incontroverso que, por ocasião do ingresso da presente ação, o casal agraciado com o usufruto encontrava-se separado.

Nesse contexto, com a separação do casal, cessou a causa precípua que motivou a constituição do usufruto, pelo que se impõe sua extinção, ainda que tenha sido estipulado inicialmente de forma vitalícia.

Com efeito, preceitua o art. 739, III, do CC/1916 que "o usufruto extingue-se pela cessação da causa de que se origina" (art. 1.410, IV, CC/2002).

Sobre o tema, leciona o saudoso mestre Caio Mário da Silva Pereira que "quando o usufruto é

constituído em razão de uma causa determinada (pia, moral, científica, artística, pedagógica) extingue-se uma vez se comprove a sua cessação. Não há cogitar da pessoa física ou jurídica, nem do tempo de duração. Vincula-se o direito real à sua motivação externa, e termina com esta. Mas para que ocorra, é mister resulte inequívoca" (Instituições de direito civil: posse, propriedade, direitos reais de fruição, garantia e aquisição. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. v. IV. p. 208) (grifou-se).

Acerca da matéria, explana Tupinambá Miguel Castro do Nascimento:

"Outra causa de extinção do usufruto é a prevista no artigo 739, III, do Civil: 'pela cessação da causa de que se origina', causa aqui tem o conteúdo de motivo, razão, origem, circunstância que gerou a constituição do direito real de que tratamos. Em outras palavras, o fato externo que gerou o usufruto no específico caso. Assim, onde se verificar uma relação de causa e efeito entre a motivação exterior e a constituição do desfrute, elas têm vida gêmea, desaparecendo uma em conseqüência do desaparecimento da outra.

[...]

"O artigo 739, III, do Código Civil, é a exceção indicada em lei, transformando o contrato de usufruto – de abstrato, que é a característica comum dos contratos – em causal, onde o móvel determinante do ato constitutivo é tão essencial que, cessando, extingue o próprio usufruto" (Usufruto. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide, 1986. p. 127 e 129).

No mesmo sentido, é o entendimento de Washington de Barros Monteiro, que menciona exemplo clássico de Clóvis Beviláqua, reiteradamente citado pela doutrina: "institui-se usufruto para que o usufrutuário possa concluir seus estudos. Terminados estes, cessa a causa que havia determinado a instituição do direito real, extinguindo-se o mesmo. Assim também o usufruto cessa quando o filho atinge a maioridade, ou é emancipado, bem como o do marido, quando dissolvida a sociedade conjugada" (Curso de direito civil: direito das coisas. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 3. p. 312 e 313) (grifou-se).

Efetivamente, o exemplo do insigne Clóvis Beviláqua ilustra bem a questão em hipótese muito similar à dos autos, pelo que irrefutavelmente há extinção do usufruto com a separação do casal beneficiário.

Traz-se aos autos julgado do Supremo Tribunal Federal, que decidiu referir à causa negocial o art. 739, III, do CC/1916:

"Usufruto. Cessação.

"Não nega vigência ao inciso III do art. 739 do Código Civil interpretação que dá à expressão causa, ali existente, o sentido de causa de atribuição patrimonial, que, segundo a doutrina germânica, se caracteriza pelo escopo que se pretende atingir com a atribuição patrimonial a que visa o negócio jurídico dispositivo" (STF-2ª Turma, rel. Min. Moreira Alves, RE n. 93.956, in RTJ 101/371, j. em 28-4-81).

É verdade que a cláusula instituidora do usufruto estipula que, em caso de morte de um dos cônjuges, passará o cônjuge sobrevivente a ser usufrutuário integral do imóvel.

Contudo, o implemento dessa condição pressupõe, implicitamente, que não tenha ocorrido anterior separação do casal, ou seja, que não haja cessado a causa primeira motivadora do direito real.

Efetivamente, dispõe o Código Civil de 1916, em seu art. 85, que "nas declarações de vontade se atenderá mais à sua intenção que ao sentido literal da linguagem" (art. 112, CC/2002).

Apenas para corroborar o entendimento supra, verifica-se que a requerida não reside mais no imóvel objeto de litígio, conforme certidão do oficial de justiça de fl. 31v.

Por fim, conquanto o pleito de extinção de usufruto seja, em princípio, processado sob a égide dos procedimentos de jurisdição voluntária (art. 1.112, CPC), importa esclarecer que, "quando o procedimento de jurisdição voluntária se transmuda em verdadeiro litígio, no caso de algum interessado oferecer resistência à pretensão do requerente, é devida a condenação em honorários de advogado" (RT 595/105 apud NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de processo civil comentado e legislação extravagante. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 391, nota 4 ao art. 24).

Ante o exposto, voto pelo provimento do reclamo para julgar procedente o pedido, decretando a extinção do usufruto constituído sobre o imóvel registrado na Matrícula n. 10.444, fl. 136 do Livro n. 2, da comarca de Imbituba, cancelando-se o respectivo registro.

Em razão do provimento do apelo, invertem-se os ônus de sucumbência, concedendo-se à requerida apelada os benefícios da assistência judiciária pleiteada em contestação, suspensa a exigibilidade da verba sucumbencial por força do art. 12 da Lei. n. 1.060/50.

Decisão

Nos termos do voto do Relator, por unanimidade, esta Segunda Câmara de Direito Civil decide conhecer do recurso e dar-lhe provimento para julgar procedente o pedido, invertidos os ônus de sucumbência e concedida assistência judiciária à apelada.

Participou do julgamento o Exmo. Sr. Des. Luiz Carlos Freyesleben.

Florianópolis, 25 de maio de 2006.

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

APELAÇÃO CÍVEL N. 1999.006111-6, DE IBIRAMA

Relator: Des. Subst. Jorge Schaefer Martins

Ação de rescisão de compromisso de compra e venda. Perdas e danos. Contrato realizado com índio. Silvícola perfeitamente integrado à sociedade. Ausência de necessidade de estar acompanhado de assistente. Depoimento pessoal do réu demonstrando possuir pleno discernimento sobre os atos realizados. Litigância de má-fé. Pedido improcedente. Sentença mantida.

A condição de silvícola, por si só, não exclui a imputabilidade, mormente se o agente é índio integrado e adaptado ao meio civilizado (RJMGS – AC n. 30.689-0, rel. Des. Rui Garcia Dias, RT 694/364).

'"Não se detecta deslealdade processual no procedimento da parte que não foi bem sucedida na busca de apoio das suas pretensões, cujos fundamentos, em princípio, eram defensáveis. As infrações previstas no art. 17 do CPC não devem ser analisadas com rigor objetivo, pois, do contrário, todo aquele que tivesse perdido a demanda seria litigante de má-fé' (RT 609/122)" (Ap. Cív. n. 1998.000299-0, Terceira Câmara de Direito Civil, rel. Des. Eder Graf, j. em 10-11-1998).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 1999.006111-6, da comarca de Ibirama, em que é apelante Brasilio Pripra e apelado Braz Miranda Peres:

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

Custas na forma da lei.

Relatório

Braz Miranda Peres intentou ação de rescisão de contrato de compra e venda de um caminhão c/c reintegração de posse, mais perdas e danos e lucros cessantes contra Brasilio Pripra, alegando, em síntese, que vendeu para o réu um caminhão pelo preço de Cr$ 2.200.000,00, recebendo, inicialmente, a quantia de Cr$ 200.000,00 e, ainda, um veículo VW/GOL GTI, no valor de Cr$ 1.600.000,00, sendo que o saldo de Cr$ 400.000,00 deveria ser pago no prazo de 30 dias, com fornecimento de madeiras em toras.

Aduziu, ainda, que o réu não honrou o compromisso, deixando de liquidar a importância correspondente ao fornecimento das madeiras, embora já transcorridos 10 (dez) meses de seu vencimento.

Finalmente, postulou, com base no art. 1.092 do Código Civil de 1916, e seu parágrafo único, a resilição do pacto, com a reintegração de posse do caminhão, mais perdas e danos e lucros cessantes, a ser apurado na liquidação de sentença.

Citado, o réu apresentou contestação, argüindo, em preliminar, carência de ação; ausência de intimação do MP; e inexistência de notificação e interpelação.

No mérito, negou a existência do débito, ao argumento de que a quantia de Cr$ 400.000,00, correspondente à quantidade de madeira, já foi paga pelo demandado, em juízo, na ação de seqüestro, e outra parte em dinheiro diretamente ao autor. Refutou, também, o pedido de reintegração de posse e a indenização por perdas e danos.

Requereu, por fim, a revogação da liminar concedida no processo cautelar e a aplicação ao autor da pena por litigância de má-fé.

Inexitosa a audiência de conciliação e instruído o feito, as partes apresentaram alegações finais.

O Ministério Público, por intermédio do Dr. Rodrigo Millen Carlin, opinou pela procedência parcial do pedido.

Sentenciando, o Dr. Juiz a quo julgou parcialmente procedente o pedido, declarando a rescisão do contrato de compra e venda e, em conseqüência, reintegrou o autor na posse

do caminhão. Outrossim, condenou o réu ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, estes fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa, devidamente corrigido.

Com o julgamento da ação principal, julgou extinto o processo cautelar, com base no art. 267, IV, do Código de Processo Civil. Condenou o réu ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa, devidamente corrigido.

Irresignado, apelou o vencido, argüindo, em preliminar, a nulidade da sentença em razão da falta de capacidade do indígena para efetuar a transação. Sustenta, ainda, litigância de má-fé em decorrência de o contrato não estar revestido dos requisitos mínimos.

Com as contra-razões e com o parecer do Ministério Público pelo não provimento do recurso, ascenderam os autos a esta Corte.

Instada, a Procuradoria-geral de Justiça, por meio do parecer do Dr. Kurt Ernesto Hammerschmidt, opinou pelo conhecimento e não provimento do apelo.

Voto

Trata-se de recurso interposto por Brasilio Pripra, inconformado com o teor da sentença do Magistrado *a quo*, que declarou rescindido o contrato de compra e venda por ele firmado com o apelado, Braz Miranda Peres, reintegrando este, definitivamente, na posse do caminhão identificado na inicial.

Alega a sua falta de capacidade jurídica para efetuar a transação, que foi rescindida pelo Juízo, tendo em vista ser indígena e não estar integrado na sociedade civil brasileira, sendo-lhe somente permitida a validade do ato jurídico, com a condição de que o ato praticado, sem a assistência da Funai, não seja prejudicial. Aduz ainda que o apelado nada provou, nem sequer a existência do contrato, utilizando-se indevidamente do processo para prejudicá-lo, litigando de má-fé.

O recurso não merece prosperar. Com efeito, a condição de indígena não implica em reconhecimento de incapacidade, ainda mais quando o apelante reside em área próxima ao centro urbano, onde os índios costumam interagir com a população dita civilizada. Relevante, também, o fato de os índios viverem livremente, aproveitando a comunhão nacional e a miscigenação de raças.

O próprio Estatuto do Índio em seu art. 4º define os índios como: a) isolados – aqueles de grupos desconhecidos; b) vias de integração – quando mantêm contato intermitente ou permanente com grupos estranhos; c) integrados – quando

incorporados à comunhão nacional e reconhecidos no pleno exercício dos direitos políticos e civis.

Continuando, a lei dos índios dispõe ser necessária a assistência do órgão tutelar nos atos praticados pelos que não estejam integrados à sociedade. No entanto, quando o índio demonstrar estar integrado na sociedade não necessita da assistência do órgão competente, desde que o ato praticado não lhe seja prejudicial. Assim dispõe o artigo 8º da Lei n. 6.001/73:

"Art. 8º São nulos os atos praticados entre o índio não integrado e qualquer pessoa estranha à comunidade indígena quando não tenha havido assistência do órgão tutelar competente.

"Parágrafo único. Não se aplica a regra deste artigo no caso em que o índio revele consciência e conhecimento do ato praticado, desde que não lhe seja prejudicial, e da extensão dos seus efeitos".

A jurisprudência fixou o seguinte entendimento:

"Recurso Especial. Penal. Latrocínio. Dissídio jurisprudencial não demonstrado. Indígenas integrados. Desnecessidade de tutela diferenciada. Ausência de violação ao Estatuto do Índio. Reexame de provas. Súmula 7/STJ.

"1. A simples transcrição de ementas não é suficiente para caracterizar a divergência jurisprudencial.

"2. Os indígenas integrados à sociedade, nos termos do art. 4º, inciso III, da Lei n. 6.001/73, não se sujeitam ao regime tutelar especial estabelecido pelo Estatuto do Índio.

[...] "(REsp. n. 737.285/PB, rela. Mina. Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 8-11-2005).

E também:

A condição de silvícola por si só não exclui a imputabilidade, mormente se o agente é índio integrado e adaptado ao meio civilizado (RJMGS – AC n. 30.689-0, rel. Des. Rui Garcia Dias, RT 694/364).

E mais:

"Comprovado ser o índio aculturado, integrado com a população dita civilizada, estando inclusive em pleno exercício dos direitos civis, não há necessidade de tratamento diferenciado do cidadão comum" (Ap. Crim. n. 1999.003824-6, de Abelardo Luz, rel. Des. Genésio Nolli).

No presente caso, verifica-se que o apelante deve ser considerado integrado, nos termos da lei, uma vez que exerce todos os seus direitos civis, até mesmo relacionando-se comercialmente.

Na própria contestação, o apelante declara que o autor é "antigo e

contumaz comprador de madeiras da Reserva Indígena de Ibirama, através de 'negociatas' celebradas de forma ilícita e clandestina celebradas com índios, os quais sempre são inescrupulosamente lesados pelo mesmo". Ou seja, o próprio apelante evidencia que é costumeira a alienação de madeiras, mesmo tendo conhecimento da sua ilegalidade.

A integração do índio com a sociedade é tão evidente que, no seu depoimento em juízo, o apelante confirma o negócio realizado entre as partes e diz que não cumpriu o contrato em virtude de a retirada de madeira ser proibida, tendo que dar ao autor alguns dias para conseguir satisfazer o contrato. Disse, também, que garantiu o cumprimento do contrato com a emissão de cheque, que, no entanto, retornou por insuficiência de fundos.

Fundamental a transcrição do depoimento do réu em juízo, o qual demonstra o conhecimento do apelante sobre o acontecimento, tendo plena capacidade de realizar o ato jurídico sem assistência, por estar completamente integrado à sociedade, *in verbis*:

"[...] Que acha que no mês de agosto ou setembro, do ano de 1990, efetuou uma transação com o autor de um caminhão Ford 22000, ano 1984, trucado, no valor de dois milhões e duzentos mil cruzeiros; que como parte do pagamento o depoente entregou ao autor o Gol GTI, ano 89, pelo valor de um milhão e oitocentos mil cruzeiros e na época consultou a agência de Ibirama onde havia pego o carro e mesmo valia dois milhões de cruzeiros; que ficou devendo quatrocentos mil cruzeiros, cuja importância deveria ser paga em moeda corrente ou em madeira, combinaram que se o depoente entregasse somente madeira canela, deveria dar ao autor 40 m³, se fosse em madeira inferior 60 m³ e outra mais mole 75 m³ e para tanto assinaram o documento de fl. 6; que na época como era proibida a retirada de madeira o depoente deu ao autor uns dias após a transação efetuada, não se recordando o dia nem quantos dias após, um cheque de duzentos e quarenta mil cruzeiros, como parte do pagamento do débito; no entanto, aquele cheque retornou por insuficiência de fundos e foi cobrado em Juízo, quando então o depoente pagou trezentos e poucos mil cruzeiros, não sabendo dizer o valor exato; que logo em seguida à entrega daquele cheque pagou ao autor o saldo devedor, ou seja, cento e sessenta mil cruzeiros, em moeda corrente; no entanto não pegou recibo da importância paga e como já estava tramitando a ação para cobrança do cheque mencionado, não lhe foi restituído o documento de fl. 6; que achou que estava tudo certo entre ele e o autor, no entanto algum tempo depois o autor entrou com uma

ação em Juízo; que permaneceu com o caminhão por cerca de 8 meses, quando então através de uma liminar o autor conseguiu o caminhão de volta; que durante o período em que ficou com o caminhão de volta; que durante o período em que ficou um mês na oficina um mês para o conserto da lataria cuja oficina foi arrumada pelo autor e o conserto foi pago por este como haviam convencionado, oficina está localizada na cidade de Ascurra e o outro mês ficou em uma oficina em Rio do Sul, para a troca da carroceria, sendo que este conserto foi pago pelo depoente; que o documento de fl. 6 foi lavrado no dia em que efetuaram a transação e naquela ocasião estava presente um rapaz, desconhecido do depoente, que datilografou tal documento; que mais ninguém presenciou a transação a não ser o mencionado rapaz; que não conhece as pessoas que assinaram o documento de fl. 6, cujos nomes foram lidos ao depoente; que não viu se o rapaz que datilografou o documento assinou ou não o documento já mencionado; que nada deve ao autor. Dada a palavra para o procurador do autor. Que o documento de fl. 6 referia-se ao valor da dívida, onde constava as madeiras que o depoente poderia entregar e ao lado dela o valor do metro cúbico de cada uma delas; que no mesmo dia da transação o depoente levou o caminhão e o recibo deste devidamente assinado, sendo que tal documento encontrava-se em nome de Amarildo, ao que parece ao depoente, de Souza; que após o depoente ter pago todo o saldo devedor, em certa época esteve na casa do depoente com mais cinco homens e pediu a este madeira, dizendo que possuía um documento em mãos para cobrar aquele valor, ocasião em que o depoente disse a ele que não poderia entregar a madeira pedida, porque era proibido o corte de madeira e porque já havia quitado a dívida, quando então o autor lhe disse que ia tomar o caminhão de volta e logo em seguida chegou uma ordem da justiça para retirar o caminhão do depoente. Dada a palavra à Promotora de Justiça. Que não foi feito contrato escrito sobre transação relativa ao caminhão, nem foi feito qualquer documento escrito sobre as condições de pagamento do mencionado veículo; que não foi assinado nenhum título de crédito referente ao saldo de quatrocentos mil cruzeiros, sendo somente lavrado o documento de fl. 6. Dada a palavra ao procurador do réu. Que nunca fez ou mandou fazer qualquer ameaça ao autor; que na ocasião, após efetuar o negócio, conversou com o chefe da Funai, Luiz Bavaresco, e este lhe disse que não poderia pagar o saldo devedor em madeira como constante do documento de fl. 6, pois era ilegal a extração de madeiras e dita pessoa lhe disse que acertasse a dívida em dinheiro; que cada pagamento que efetuava ao autor comentava com

Luiz Bavaresco, que, por ser chefe do posto da Funai desta cidade, orientava o depoente; que não entregou nenhuma madeira ao autor [...]" (fls. 53 a 55).

Da mesma forma, o depoimento de Luiz Alberto Bravaresco, chefe da Funai, confirmou a existência do negócio realizado, demonstrando que o réu tinha pleno conhecimento dos atos que estavam sendo realizados, bem como não haveria nenhum prejuízo a sua pessoa, nos seguintes termos:

"[...] que não presenciou a transação efetuada entre o autor e o réu, mas após a realização dela, o réu procurou o depoente para que este desse um aval em um documento por este apresentado, onde o réu comprometia-se em dar ao autor, ao que parece ao depoente 40 m³ de madeira canela de primeira qualidade, para pagamento de um débito de quatrocentos mil cruzeiros; que naquela ocasião o depoente negou-se a dar aquele aval, pois era ilegal a extração de madeiras; que nesta ocasião soube através do réu de que este havia negociado com o autor um caminhão Ford 22000 trucado, ano 84, pelo valor de dois milhões e duzentos mil cruzeiros e segundo o réu este teria sido dado por pagamento daquele pagamento um Gol GTI, ano 89, pelo valor de uma milhão e oitocentos mil cruzeiros e ficou devendo a importância acima já mencionada de quatrocentos mil cruzeiros; que recorda-se daquela ocasião que quando o depoente recusou-se a dar o aval mencionado para a entrega da madeira, o réu disse ao depoente que ia entregar ao autor um cheque de duzentos e quarenta mil cruzeiros e mais cento e sessenta mil cruzeiros em moeda corrente [...]" (fl. 56 a 58).

Sendo assim, diante dos elementos constantes nos autos, não restam dúvidas de que o apelante estava integrado à sociedade, tendo pleno discernimento dos atos por ele realizados, não existindo nenhuma nulidade no contrato realizado entre as partes.

Enfim, quanto à litigância de má-fé do apelado, ao argumento de que o documento colacionado na fl. 6 não se encontra revestido dos critérios mínimos para ser considerado contrato, interessante transcrever o corpo do acórdão da Ap. Cív. n. 2004.014168-8, da relatoria do Des. Luiz Carlos Freyesleben:

"Na hipótese, porém, não se fazem presentes os pressupostos autorizadores de tais sanções processuais, porque, nos termos da lei e de acordo com precedentes do Superior Tribunal de Justiça, seguidos por esta Corte, para a caracterização da lide temerária a que se refere o art. 17 do CPC exige-se a presença concomitante dos elementos objetivo e subjetivo:

o primeiro deles reside no dano processual, consubstanciado no prejuízo efetivamente suportado pela parte, como resultado da conduta contrária à lei praticada por quem se pretende seja litigante de má-fé. O segundo pressuposto ou elemento subjetivo abriga-se no dolo e na culpa grave da parte, a respeito do que há que se fazer prova plena e clara, não se podendo presumi-lo, pois esta tem sido a tramontana por que se têm orientado os tribunais pátrios.

"Exemplo disso está no precedente abaixo transcrito:

'Processual civil. Litigância de má-fé. Reconhecimento. Pressupostos.

'Entende o Superior Tribunal de Justiça que o artigo 17 do Código de Processo Civil, ao definir os contornos dos atos que justificam a aplicação de pena pecuniária por litigância de má-fé, pressupõe o dolo da parte no entravamento do trâmite processual, manifestado por conduta intencionalmente maliciosa e temerária, inobservado o dever de proceder com lealdade' (REsp. n. 418.342/PB, rel. Min. Castro Filho, j. em 11-6-2002)" (Segunda Câmara de Direito Civil, julgada em 24 de fevereiro de 2005).

No caso concreto, das razões apresentadas no recurso de apelação, verifica-se que o réu apresentou fundamentos jurídicos para a discussão acerca do direito, não se enquadrando seus atos em nenhuma das hipóteses previstas no artigo 17 do Código de Processo Civil. Assim, incabível a condenação por litigância de má-fé.

Diante do exposto, vota-se pelo não provimento do recurso.

Decisão

Ante o exposto, negou-se provimento ao apelo.

Presidiu o julgamento, com voto, o Exmo. Sr. Des. Monteiro Rocha e dele participou o Exmo. Sr. Des. Luiz Carlos Freyesleben. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Kurt Ernesto Hammerschmidt.

Florianópolis, 20 de julho de 2006.

Mazoni Ferreira,
Presidente, para o acórdão;
Jorge Schaefer Martins,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 2001.019863-0, DA CAPITAL

Relator: Des. Subst. Jorge Schaefer Martins

Cerceamento de defesa. Não ocorrência. Feito que comporta o julgamento antecipado da lide. Inteligência do art. 330, I, do Código de Processo Civil.

A realização de qualquer espécie probatória, condiciona-se à sua necessidade para o deslinde da causa, pautando-se pelo princípio do livre convencimento e do poder de instrução do magistrado, que pode indeferir diligências inúteis ou meramente protelatórias (art. 130 do CPC) [...] (Ap. Cív. n. 2002.006574-4, de Quilombo, rel. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz, Segunda Câmara de Direito Comercial, j. em 19-8-2004).

Plano de saúde. Indicação médica de implantação de stent *segurado. Negativa de autorização da Unimed. Procedimento de urgência. Procedência do pedido de obrigação de fazer, para condenar a ré a cobrir os gastos com a implantação do* stent*. Improcedência do pedido de danos morais. Recurso perseguindo a verba decorrente do dano anímico. Configuração do abalo psíquico em razão das particularidades do caso concreto. Precedentes.*

Tratando-se de contrato de seguro-saúde sempre haverá a possibilidade de conseqüências danosas para o segurado, pois este, após a contratação, costuma procurar o serviço já em evidente situação desfavorável de saúde, tanto a física como a psicológica.

Conforme precedentes da 3ª Turma do STJ, a recusa indevida à cobertura pleiteada pelo segurado é causa de danos morais, pois agrava a sua situação de aflição psicológica e de angústia no espírito [...] (REsp. n. 657.717/RJ, rela. Mina. Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. em 23-11-2005).

Valor da indenização. Critérios doutrinários e jurisprudenciais. Fixação conforme as particularidades do caso concreto. Provimento do recurso. Inversão dos ônus de sucumbência.

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, DJ de 5-6-2000, p. 00172).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2001.019863-0, da comarca da Capital (4ª Vara Cível), em que é apelante Wilton Geny Bittencourt e apelada Unimed de Florianópolis – Cooperativa de Trabalho Médica Ltda.:

ACORDAM, em Segunda Câmara de Direito Civil, por votação unânime, dar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

Relatório

Wilton Geny Bittencourt intentou ação de indenização contra Unimed de Florianópolis – Cooperativa de Trabalho Médica Ltda., alegando que a Associação Comercial e Industrial de Florianópolis – ACIF firmou com a ré contrato particular de prestação de serviços médicos e hospitalares em favor de seus associados, em 14-5-96.

Disse que, em 10-6-99, ao consultar seu médico cardiologista, ficou sabendo que necessitava da colocação de um *stent*, por meio de ato cirúrgico.

Narrou que diante da negativa da prestadora de serviços em custear o valor do *stent*, uma de suas filhas pagou aproximadamente 30% (trinta por cento) do valor da cirurgia para implantação de referido equipamento, comprometendo-se, perante a clí-

nica médica, a buscar a autorização da Unimed.

Asseverou que, em razão disso, sofreu forte abalo psíquico, pois já se encontrava bastante fragilizado em função de seu estado de saúde.

Finalizando, pediu a cominação da ré em arcar com o valor da colocação do *stent*, até em tutela antecipada, além da condenação ao pagamento de indenização por danos morais no valor equivalente a 1.000 (mil) salários mínimos ou outro montante a ser arbitrado pela autoridade judiciária.

O Dr. Juiz *a quo* deferiu o pedido de tutela antecipada, para determinar que a ré, em 24 (vinte e quatro) horas, autorizasse a cobertura para colocação do *stent*, sob pena de desobediência e pagamento de multa.

Citada, a ré apresentou contestação, afirmando que o plano de cobertura do autor não prevê a implantação do *stent*, devendo prevalecer o estipulado no contrato, ante a aplicação do princípio do *pacta sunt servanda*.

Argüiu, em seguida, a inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor, haja vista a incidência da Lei n. 5.764/71, legislação específica das cooperativas.

Asseverou que o contrato *sub judice* não se trata da modalidade de adesão, pois existem cláusulas negociáveis.

Por fim, rebateu o pedido de danos morais, argumentando que não houve abalo psíquico suficiente a gerar o direito à indenização, não tendo o autor, igualmente, produzido prova dos alegados danos morais, sendo excessivo, além disso, o valor pleiteado na inicial.

Houve réplica (fls. 89 a 98).

Infrutífera a conciliação em audiência, a autoridade judiciária de Primeira Instância, atendendo ao disposto no art. 330, I, do Código de Processo Civil, julgou procedente, em parte, o pedido, para confirmar a decisão que antecipou os efeitos da tutela e rejeitar o pedido de indenização por danos morais.

Inconformado, o autor interpôs recurso de apelação, argüindo, preliminarmente, cerceamento de defesa em razão da falta de intimação para especificação de provas.

No mérito, sustenta o reconhecimento do direito à indenização por danos morais e aponta a existência de erro material no relatório da sentença que consignou ter havido pedido de condenação em danos morais no valor de 1.000 (mil) salários mínimos, quando a inicial, por sua vez, efetuou pedido de indenização no valor de 1.000 (mil) salários mínimos ou quantia a ser arbitrada pela autoridade judiciária.

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

Voto

Primeiramente, afasta-se a alegação de que houve cerceamento de defesa.

Com efeito, colhe-se das razões de recurso que o apelante, de forma singela, manifestou inconformismo com o julgamento antecipado da lide sob o argumento de que seria necessária a ouvida de seus filhos a fim de demonstrar a ocorrência efetiva do abalo moral.

Sem embargo de sua argumentação, na hipótese, como se perceberá no momento da análise do mérito, o feito se encontra suficientemente instruído para ser julgado, o que significa reconhecer o acerto da autoridade judiciária de Primeira Instância na aplicação do art. 330, I, do Código de Processo Civil.

A propósito, preleciona Arruda Alvim:

"Além do dever de o juiz vedar a procrastinação do feito, cabe-lhe impedir diligências probatórias inúteis ao respectivo objeto (art. 130), que, aliás, são também procrastinatórias. Desta forma, não há disponibilidade quanto aos meios de prova, no sentido da parte poder impor ao juiz provas por ele reputadas inúteis (relativamente a fatos alegados, mas não relevantes), como procrastinatórias (relativamente à produção de provas sem a necessidade de expedição de precatória ou rogatória, mas, antes, por outro meio mais expedito). Ao juiz, ao admitir ou não a produção de determinada prova em relação a certo fato, é concedida pelo sistema, a nosso ver, uma certa dose de liberdade, embora haja algumas regras de caráter cogente, que ensejam exercício de atividade vinculada, vale dizer, excluem do juiz qualquer liberdade na sua atuação (p. ex., art. 366)" (Manual de direito processual civil: processo de conhecimento. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, vol. 2. p. 474 e 475).

No mesmo sentido, tem-se:

"*Omissis*.

"A realização de qualquer espécie probatória, condiciona-se à sua necessidade para o deslinde da causa, pautando-se pelo princípio do livre convencimento e do poder de instrução do magistrado, que pode indeferir diligências inúteis ou meramente protelatórias (art. 130 do CPC) [...]" (Ap. Cív. n. 2002.006574-4, de Quilombo, rel. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz, Segunda Câmara de Direito Comercial, j. em 19-8-2004).

Com idêntico entendimento: Ap. Cív. n. 2002.023873-8, de Itaiópolis, deste Relator, julgada pela Segunda Câmara de Direito Civil, em 18 de agosto de 2005.

Ressalta-se, por oportuno, que a prova pretendida pelo apelante, consistente na ouvida de seus filhos, certamente viria apenas confirmar os termos da inicial, isso porque presume-se que os próprios filhos compartilharam eventual indignação ante a situação vivificada.

Além disso, sabe-se que existe uma tendência natural dos filhos prestarem declarações mais favoráveis ao pais, tanto que o Código de Processo Civil permite sua inquirição somente na qualidade de informantes.

Quanto ao mérito, melhor sorte socorre o apelante.

Aqui, primeiramente, mostram-se necessários alguns comentários acerca do dano moral no descumprimento das obrigações contratuais. Com efeito, embora admita-se a reparação do dano moral originário de obrigação contratual, tal tipo de indenização não pode ser vulgarizada a ponto de que seja pleiteado em todos os casos de inadimplemento, por mais simples que seja o desconforto, sob pena de os Tribunais serem abarrotados de demandas sem que haja direito a ressarcimento.

No caso em questão, não obstante, o apelante pretende ser ressarcido pelo transtorno, desgaste físico e emocional causado pelo inadimplemento da apelada. Realmente, reconhece-se que todo inadimplemento contratual pode causar à parte contrária um certo descontentamento, porém não se pode admitir que todo contrato não cumprido cause um descontentamento tão grande a ponto de gerar, obrigatoriamente, um dever de indenizar.

A propósito, Yussef Said Cahali doutrina que:

"No direito brasileiro, não obstante a ausência de disposição legal explícita, a doutrina é uniforme no sentido da admissibilidade de reparação do dano moral tanto originário de obrigação contratual quanto decorrente de culpa aquiliana, uma vez assente a indenizabilidade do dano moral, não há fazer-se distinção entre dano moral derivado de fato ilícito absoluto e dano moral que resulta de fato ilícito relativo; o direito à reparação pode projetar-se por áreas as mais diversas das sociais, abrangendo pessoas envolvidas ou não por um liame jurídico de natureza contratual: assim, tanto pode haver dano moral nas relações entre devedor e credor quanto entre o caluniador e o caluniado, que em nenhuma relação jurídica se acha, individualmente, com o ofensor.

"Na realidade, conforme ensina Viney, toda forma de responsabilidade, qualquer que seja a causa ou a natureza, induz, a cargo do responsável, o desgosto, os sofrimentos e frustrações provocados pelo seu autor: sob esse aspecto, impõe-se constatar que a distinção,

se ainda posta em confronto, entre responsabilidade contratual e responsabilidade delitual, não tem hoje senão uma importância mínima; a obrigação de reparar os danos extrapatrimoniais, tende, quase toda, a assumir o domínio contratual, com a mesma importância que em matéria delitual" (Dano moral. 3. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 527).

Demais, acerca do dano moral nas relações contratuais, Yussef Said Cahali discorre que:

"[...] tem-se reconhecido da existência de dano moral reparável, sempre que da omissão de uma parte contratante resultar para outra uma situação incômoda ou constrangedora.

"Neste contexto, desde que admitida a responsabilidade pré-contratual, deixando de consumar-se o contrato por fato culposo imputável a uma das partes, a frustração da expectativa sofrida pela outra pode, em tese, produzir dano moral indenizável, em função das circunstâncias de cada caso concreto [...]" (*op. cit.*, p. 532).

Nesse sentido, decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

"Civil. Dano moral. O inadimplemento contratual implica a obrigação de indenizar os danos patrimoniais; não, danos morais, cujo reconhecimento implica mais do que os dissabores de um negócio frustrado. Recurso especial não conhecido" (REsp. n. 201.414/PA, rel. Min. Waldemar Zveiter, rel. para o acórdão Min. Ari Pargendler, Terceira Turma, julgado em 20 de junho de 2000).

Por seu turno, já se manifestou esta Corte de Justiça:

"*Omissis*.

"O inadimplemento contratual, à míngua de outros elementos, não preenche os requisitos para a procedência de indenização por dano moral [...]" (Ap. Cív. n. 2002.013300-6, de São José, rel. Des. Monteiro Rocha, Segunda Câmara Civil, julgada em 7 de novembro de 2002).

Entretanto, analisando-se os julgados do Superior Tribunal de Justiça sobre a ocorrência de dano moral na prestação de serviços médicos-hospitalares, conclui-se que para configuração desse instituto deve ser analisado o caso concreto, uma vez que, normalmente, a pessoa necessita de serviços médicos quando possui algum problema de saúde, modificando, por completo, a situação.

De fato, examinando os autos, extrai-se que o apelante, em 10-6-99, em consulta a seu cardiologista, ficou sabendo que necessitava passar por procedimento cirúrgico de urgência para implante de um *stent*.

Em razão disso, foram encaminhadas à apelada diversas requisições, consistentes em guias hospitalares, cujas cópias seguem nas fls. 27 a 32, para que houvesse a autorização dos procedimentos, tendo havido tal autorização, porém com a ressalva de que não havia cobertura para o *stent*.

Ora, apresenta-se como fato incontroverso na demanda que o *stent*, em face do quadro clínico em que se encontrava o apelante, mostrava-se como meio mais adequado à sua recuperação, sendo urgente a sua implantação, razão pela qual, dada a fragilidade de sua saúde, na oportunidade, presume-se tenha sofrido forte dissabor ao saber que seu plano de saúde não iria cobrir a colocação do equipamento.

Na realidade, não se pode negar que existe uma diferença da negativa ocorrida quando a pessoa pede para realizar um exame ou um procedimento que não seja urgente e de outra situação, em que se apresenta imprescindível a realização da cirurgia, com a colocação do *stent*, e a prestadora se nega a custear o equipamento de forma indevida.

Realmente, sabe-se que a pessoa que necessita realizar uma cirurgia de risco, como são as cirurgias cardíacas, já se encontram abaladas sentimentalmente com a ocasião, com natural desconforto, angústia e medo. Assim, como pode a operadora em tal situação não autorizar um procedimento essencial à própria vida do paciente?

Não se está a negar o direito à apelada de verificar minuciosamente quais os casos em que deva haver a autorização para cobertura. Na realidade, tal procedimento, de verificação dos casos cobertos pelo plano de saúde, impede que seja vítima de constantes fraudes, consistindo conduta que se encontra entrelaçada à própria natureza do contrato ora *sub judice*.

Todavia, mostra-se como fato público e notório a infinidade de casos semelhantes aos dos autos, principalmente envolvendo a implantação de *stent*, nos quais repetidamente a Unimed nega-se a efetuar o pagamento do equipamento, mesmo ciente de que essa interpretação contratual contradiz o disposto no Código de Defesa do Consumidor e o entendimento jurisprudencial predominante nos Tribunais Pátrios.

Em caso análogo, colaciona-se o posicionamento recente do Superior Tribunal de Justiça, nestes termos:

"Consumidor. Recurso especial. Seguro saúde. Recusa de autorização para a internação de urgência. Prazo de carência. Abusividade da cláusula. Dano moral.

"-- Tratando-se de contrato de seguro-saúde sempre haverá

a possibilidade de conseqüências danosas para o segurado, pois este, após a contratação, costuma procurar o serviço já em evidente situação desfavorável de saúde, tanto a física como a psicológica.

"-- Conforme precedentes da 3ª Turma do STJ, a recusa indevida à cobertura pleiteada pelo segurado é causa de danos morais, pois agrava a sua situação de aflição psicológica e de angústia no espírito.

"Recurso especial conhecido e provido" (REsp. n. 657.717/RJ, Rela. Mina. Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 23-11-2005).

Do corpo do acórdão, extrai-se:

"Todavia, o entendimento já manifestado nesta Turma é de que a recusa indevida à cobertura pleiteada pelo segurado já justifica a indenização por danos morais. Nesse sentido é o precedente a seguir ementado, no que interessa:

'Somente o fato de recusar indevidamente a cobertura pleiteada, em momento tão difícil para a segurada, já justifica o valor arbitrado, presentes a aflição e o sofrimento psicológico" (AgRg no Ag n. 520.390, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ de 5-4-2004).

"Como se percebe, a orientação adotada pelo Tribunal *a quo* encontra-se em clara divergência com o posicionamento já adotado por esta Turma, no sentido de que, em casos de tal jaez, ocorrem danos morais ao segurado.

"De fato, conquanto geralmente nos contratos o mero inadimplemento não seja causa para ocorrência de danos morais, tratando-se particularmente de contrato de seguro-saúde sempre haverá a possibilidade de conseqüências danosas para o segurado, pois este, após a contratação, costuma procurar o serviço já em evidente situação desfavorável de saúde, tanto a física como a psicológica.

"Por isso, a recusa indevida à cobertura pleiteada pelo segurado é causa de danos morais, já que agrava a situação de aflição psicológica e de angústia no espírito do segurado, pois este, ao pedir a autorização à seguradora, já se encontra em condição de dor, de abalo psicológico e com a saúde debilitada.

"Assim, uma vez caracterizada a ocorrência dos danos morais, é de ser reformado o acórdão recorrido".

Igualmente:

"Agravo regimental. Recurso especial não admitido. Seguro saúde. Recusa em custear o tratamento de segurado regularmente contratado. Suspeita de câncer. Dano moral.

"1. A recusa em arcar com os encargos do tratamento da agravada, com suspeita de câncer, já definida

nas instâncias ordinárias como indenizável por danos morais, constitui fato relevante, principalmente por ocorrer no momento em que a segurada necessitava do devido respaldo econômico e de tranqüilidade para realização de cirurgia e posterior recuperação. A conduta do agravante obrigou a recorrida a procurar outra seguradora, o que atrasou seu tratamento em aproximadamente 6 (seis) meses. Somente o fato de recusar indevidamente a cobertura pleiteada, em momento tão difícil para a segurada, já justifica o valor arbitrado, presentes a aflição e o sofrimento psicológico.

"2. Agravo regimental desprovido" (AgRg no Ag n. 520.390/RJ, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, julgado em 17-2-2004).

Assim, não se justifica a negativa efetuada pela apelada, circunstância que sem dúvida gerou abalo psíquico ao apelante, consubstanciado não somente na aflição e ansiedade, já que necessitava do procedimento cirúrgico com urgência, mas também na indignação por ter desembolsado valores para pagamento do plano de saúde e verificar, justamente no momento em que necessitava mais da contraprestação da apelada, a negativa de cobertura.

Do exposto, entende-se cabível o dano moral diante das particularidades do caso, ao ser desautorizado o implante do *stent* de forma injustificada em procedimento de urgência.

Quanto ao valor, perquirindo acerca da matéria, constata-se ser tema bastante controvertido, tanto na doutrina como na jurisprudência.

Carlos Dias Motta, discorrendo sobre o tema, 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" (Revista dos Tribunais. São Paulo ano 88, vol. 760, de fevereiro de 1999, p. 83).

Sendo assim, sabendo-se que cabe ao magistrado o arbitramento da indenização, respeitado o princípio do livre convencimento motivado, ante a dificuldade na valoração do dano moral, mister a utilização de determinados critérios que auxiliem o aplicador do direito a desanuviar o processo de quantificação.

Referidos critérios, por seu turno, estabelecidos pela prática jurisdicional, devem atentar às particularidades tanto do ofendido como do ofensor, levando-se em conta o

transtorno sofrido e a posição social da vítima, a capacidade financeira do agente, a força punitiva da indenização, de modo que, ao mesmo tempo em que o causador do dano sinta-se coibido a reiterar a prática ilícita, a vítima não seja enriquecida imprópria e demasiadamente.

Nesse sentido, o STJ assim se posiciona:

"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, DJ de 5-6-2000, p. 00172).

No caso concreto, verifica-se que a apelada agiu com grau de culpa considerável, visto que negou a cobertura da colocação do *stent* ante interpretação equivocada das estipulações contratuais.

Não se pode olvidar, como frisado, que se avolumam ações nas quais se buscam também a cobertura da implantação do *stent*, obtendo êxito na grande maioria delas, razão pela qual percebe-se que também sob essa ótica agiu com culpa considerável a apelada, na medida em que sabia, ou deveria saber, que sua interpretação contratual, quanto à ausência de cobertura, mostra-se equivocada e dissociada do entendimento jurisprudencial.

Por sua vez, não se vislumbra tenha havido colaboração da vítima para o evento danoso.

Quanto ao porte econômico das partes, não se tem notícia de que o apelante seja pessoa abastada financeiramente, ao passo que a apelada, em que pese afirmar se tratar de pessoa jurídica sem fins lucrativos, reúne condições de arcar com indenização razoável sem que haja prejuízo de sua saúde financeira.

Diante disso, considerando-se, ainda, o caráter pedagógico da indenização, como também o entendimento adotado nesta Câmara, de não fixar com excesso o ressarcimento, a fim de não banalizar o instituto, condena-se a apelada a pagar ao apelante R$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais) a título de ressarcimento pelo abalo psíquico, com incidência de correção monetária a partir desta decisão e juros de mora a partir da negativa da cobertura, ocorrida em 11-6-99 (fl. 31), observada a transferência do direito do autor ao espólio em decorrência do falecimento informado às fls. 155 a 165.

Frisa-se que o Exmo. Sr. Des. Monteiro Rocha votou pelo provimento do recurso para condenar a ré ao pagamento de indenização por danos morais no montante de R$ 40.000,00 (quarenta mil reais).

Ante a reforma da sentença, condena-se a apelada ao pagamento das despesas processuais e dos honorários advocatícios, estes fixados em 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação, consoante o art. 20, § 3º, do Código de Processo Civil.

Decisão

Ante o exposto, deu-se provimento ao recurso.

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

Florianópolis, 31 de agosto de 2006.

Mazoni Ferreira,
Presidente, com voto;
Jorge Schaefer Martins,
Relator.

Declaração de voto vencido parcial do Exmo. Sr. Desembargador Monteiro Rocha

O inadimplemento contratual, em regra, não gera abalo moral indenizável.

A situação dos autos, entretanto, justifica a condenação porque o inadimplemento contratual da empresa requerida, Unimed, deu-se em momento de muita fragilidade do autor.

A urgência do procedimento cirúrgico cardíaco ao qual se submeteu o autor para colocação de *stents* e a gravidade de suas condições de saúde impediam a negativa da empresa requerida, em face do princípio contratual que prega o solidarismo jurídico.

Naquele momento de dificuldades e necessidades, o autor precisava da solidariedade da empresa requerida, que não é gratuita.

Outrossim, a circunstância em que se deu a negativa desmotivada de cumprimento do contrato autoriza, no caso concreto, não só o deferimento de indenização por dano moral, como também sua fixação em patamar elevado, condizente com o sofrimento experimentado pela vítima – certamente agravado pelo estado debilitado de saúde em que se encontrava – e pelas repercussões dessa negativa no seio familiar do autor.

Por essas razões entendi, ao contrário da maioria, que a indenização deveria ser fixada em R$ 40.000,00.

É o meu voto.

Monteiro Rocha

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

AGRAVO DE INSTRUMENTO

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 2004.033800-4, DE IBIRAMA

Relator: Des. Marcus Tulio Sartorato

Direito de família – ECA – Procedimento administrativo de verificação de situação de risco – Mãe biológica que entrega criança mediante termo a casal que não constava na lista de pretendentes à adoção – Pedido de busca e apreensão do infante deferido pelo magistrado singular – Informação ulterior que dá conta da ineficácia da medida – Estudo social favorável ao casal que já exerceu a guarda por aproximadamente 2 (dois) anos – Criança em situação regular com amparo material, educacional, moral e psicológico – Convivência consolidada com laços de afetividade e afinidade – Rigorismo da medida que na hipótese verifica-se desaconselhável – Bem-estar do menor que se sobreleva à inobservância das formalidades do processamento da perfilhação – Interpretação teleológica dos artigos 227 da Constituição, 6º do Estatuto da Criança e do Adolescente e 5º da Lei de Introdução ao Código Civil – Recurso provido.

"Pela interpretação teleológica da Constituição Federal e do Estatuto da Criança e do Adolescente,

evidencia-se como desaconselhável sob todos os aspectos a retirada de uma menor do ambiente familiar onde se encontra há meses para colocá-la em abrigo ou em outra família. A excepcionalidade de tal providência está reservada tão-somente às medidas de proteção, cujas hipóteses estão expressamente delineadas no art. 98 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

"Como corolário, deve a menor permanecer em companhia daqueles que a acolheram desde os primeiros dias de vida, com a anuência da mãe biológica, e passaram desde então a provê-la de todos os cuidados necessários à sobrevivência, incluídos educação, alimentação, lazer e, sobretudo, carinho familiar. Eventual repreensão a meios escusos utilizados, como, por exemplo, a denominada 'adoção à brasileira', por si só, não pode sobrepujar os interesses maiores e o bem-estar da criança" (AI n. 2004.007632-0, de Navegantes).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 2004.033800-4, da comarca de Ibirama (1ª Vara Cível), em que são agravantes Z. R. B. e outro, e agravado o Representante do Ministério Público:

ACORDAM, em Terceira Câmara de Direito Civil, por votação unânime, dar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

Relatório

Z. R. B. e J. L. C. interpuseram agravo de instrumento contra a decisão proferida pelo MM. Juiz de Direito da 1ª Vara da comarca de Ibirama que, nos autos do procedimento administrativo de verificação de situação de risco, deferiu a busca e apreensão da criança cuja guarda os agravantes detinham.

Sustentaram que a mãe biológica deixou clara sua intenção de entregar a criança a eles, e que, à

época, não eram conhecedores do cadastro de pretendentes à adoção, de forma que não houve nenhuma tentativa de burlar o procedimento. Afirmaram que o infante estaria integrado à família e que já teriam criado fortes laços afetivos. Por fim, asseveraram a ausência de urgência para a concessão da medida combatida.

Denegado o efeito suspensivo ao recurso (fls. 65 e 66), a douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pela regularização do procedimento recursal, com a intimação do Ministério Público de primeiro grau (fls. 72 a 74).

Oferecida contraminuta pelo representante do *Parquet* (fls. 91 a 96), a douta Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pelo desprovimento do recurso (fls. 100 a 106).

Sobreveio aos autos cópia de relatório elaborado pela assistente social do Juízo (fls. 110 e 111), que deu conta de que a criança novamente estava sob a guarda de fato dos pretendentes à adoção.

Esta Câmara, por votação unânime, decidiu converter o julgamento em diligência para elaboração de estudo social detalhado sobre o casal pretendente à guarda e à adoção do menor (fls. 116 a 119).

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em nova manifestação (fl. 149), ratificou os termos do parecer de fls. 100 a 106.

Voto

Prevê o art. 227 da Constituição da República Federativa do Brasil que "*é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade*, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e *à convivência familiar* e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda a forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão" (sem grifo no diploma).

Na hipótese, o que deve predominar, sem dúvida, é o interesse da criança D. C., atualmente com dois anos de idade (fl. 48).

Ainda que rechaçada pelo douto Magistrado, a verdadeira intenção da mãe biológica de entregar seu filho aos pretensos adotantes ficou evidenciada pelo termo de entrega e consentimento de fl. 30, bem como pelas recentes informações lançadas no relatório da assistente social. Consta neste último que a avó do menor "informou ainda que a criança estava na casa da madrinha, que esta tinha o direito de ficar com ela, pois para padrinhos isto era permitido. Questionada sobre o nome da madrinha falou que não lembrava, mas era a mulher que, anteriormente, havia levado seu neto, sendo que passado

um mês do retorno da criança para casa, esta o visitou e ficou decidido sobre o apadrinhamento".

Portanto, diante de tal relato, infere-se que atualmente a criança está novamente sob a guarda de fato dos pretensos adotantes, e não mais com sua genitora.

Colhe-se ainda do estudo social recentemente realizado (fls. 135 a 142):

"Os requerentes estão com a guarda de fato da criança, estão tentando obter a adoção da criança, pois já o tem como filho, sendo que a criança participa da vida do casal e com eles está integrada.

"A criança freqüenta durante meio-período o berçário do colégio Dom Bosco. No período da manhã, fica sob os cuidados da requerente e de uma senhora de meia idade, a qual ajuda nos afazeres domésticos. Com a chegada da criança, a requerente reduziu sua jornada de trabalho de modo que possa ficar mais tempo ao lado do filho e acompanhar seu desenvolvimento. Segundo a requerente, ela e o esposo desejam criar, educar, presenciar as etapas de desenvolvimento do filho, não querem denegar esses encargos a terceiros.

"A criança acompanha o casal em todos os lugares tais como: praia, fazendas rurais, parque aquático, casas de familiares, etc.

"Os requerentes comemoraram o aniversário do 1º ano do filho. Os requerentes legalizaram a união civil. O casal participa das atividades e comemorações na escolinha do filho. Enfim os requerentes têm a criança como filho. É com eles que a criança está tendo o referencial de família.

[...]

"Diante de todo exposto e considerando o lapso temporal que a criança se encontra sob os cuidados dos requerentes. Considerando que os requerentes não têm medido esforços par obter legalmente à adoção dessa criança, a qual já tem como filho. Considerando que acompanhamos os requerentes desde quando conheceram a criança e em nenhum momento percebemos a intenção de burlar o cadastro ou que os mesmos estariam agindo de má-fé, somos de parecer favorável para que os mesmos sejam atendidos em seu pleito".

Para regularizar, mesmo que provisoriamente, essa situação, sobreleva-se o bem-estar do menor, levando-se em consideração o disposto no art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil e, em especial, o art. 6º do Estatuto da Criança e do Adolescente: "Na interpretação desta lei, levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento".

Em comentário ao referido dispositivo, Válter Kenji Ishida apregoa:

"O artigo em tela menciona a forma como se deve interpretar o Estatuto. O fim social é o de proteção integral da criança e do adolescente e o bem comum é o que atende aos interesses de toda a sociedade. Os direitos e deveres individuais e coletivos são elencados no ECA, relativos à criança e ao adolescente.

"Entendemos que 'a condição peculiar da criança e do adolescente' deve ser o principal parâmetro na aplicação das medidas na Vara da Infância e Juventude. Obedecidos os critérios legais, as autoridades devem procurar as medidas mais adequadas à proteção da criança e do adolescente.

"Em caso específico de procedimento, os genitores pleitearam a busca e apreensão de seu filho que estava sob a guarda de tio do mesmo. O termo de guarda estava expirado, mas o menor estava há mais de dois anos sob os cuidados do tio. Assim, a interpretação literal levaria ao deferimento do pedido dos genitores. Contudo, uma análise à luz da norma levaria a outro entendimento, posto que, sob a vigência do Estatuto, prevalece a avaliação e a situação do menor e, conseqüentemente, a decisão deve ser balizada sempre em seu favor" (Estatuto da criança e do adolescente. São Paulo: Atlas, 1998. p. 28).

A razão de ser do dispositivo não deve ser considerada isoladamente mas, sim, de forma teleológica, atendendo ao real propósito do legislador, que consiste na satisfação dos superiores interesses da criança, de forma a lhe proporcionar bem-estar moral, material e psicológico.

Consoante registrou o eminente Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira: "a melhor interpretação da lei é a que se preocupa com a solução justa, não podendo o seu aplicador esquecer que o rigorismo da exegese dos textos legais pode levar a injustiças" (RSTJ 4/1.555).

É certo que o procedimento temerário utilizado pelos agravantes para ignorar os meios legais de adoção deve ser reprovado. Contudo, sem desmerecer a lista de pretendentes mantida no Estado de Santa Catarina pela Comissão Estadual Judiciária de Adoção, não se pode reputá-los inaptos à possível adoção simplesmente por terem desrespeitado a ordem de inscrição, mesmo que tenham agido de má-fé. No transcorrer do processo adotivo é que se deverá aferir as condições do casal em relação à perfilhação.

Além disso, em interpretação finalística do Estatuto da Criança e do Adolescente, isto é, procurando desvendar os reais propósitos da lei, tem-se que a retirada do menor do ambiente em que se encontrava configura medida excepcional, só recomendada quando estritamente necessária.

Sobre o assunto, este Relator em outra oportunidade já consignou: "pela interpretação teleológica da Constituição Federal e do Estatuto da Criança e do Adolescente, evidencia-se como desaconselhável sob todos os aspectos a retirada de uma menor do ambiente familiar onde se encontra há meses para colocá-la em abrigo ou em outra família. A excepcionalidade de tal providência está reservada tão-somente às medidas de proteção, cujas hipóteses estão expressamente delineadas no art. 98 do Estatuto da Criança e do Adolescente" (AI n. 2004.007632-0, de Navegantes). No mesmo sentido: AI n. 2002.016110-7, rel. Des. Mazoni Ferreira; AI n. 2001.015225-8, rel. Des. Cesar Abreu; AI n. 2001.015019-0, rel. Des. José Volpato de Souza; AI n. 2001.018118-5, rel. Juiz Jorge Schaefer Martins; AI n. 1999.017563-4, rel. Des. Carlos Prudêncio.

Destarte, à vista do parecer favorável acerca do estudo social realizado, conclui-se que os agravantes vêm provendo, desde quando a criança tinha apenas vinte e três dias de vida até os dias de hoje, todas as necessidades do menor sob sua guarda, isto é, toda a gama de obrigações que se impõe aos pais, conferindo-lhe carinho familiar, educação, alimentação e lazer.

Assim, por não existir nenhuma prova nos autos que desabone os agravantes por suas condições subjetivas e familiares, e com o intuito de preservar a integridade física, moral e afetiva do infante, melhor razão não há senão manter o menor D. C. na companhia deles, preservando-se, assim, o interesse maior a ser tutelado.

Por esses motivos, vota-se pelo provimento do recurso a fim de conceder a guarda provisória da criança aos agravantes até que, realizadas as provas necessárias para o convencimento do Magistrado, seja proferida nova decisão a respeito.

Decisão

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

Participou do julgamento a Exma. Sra. Desa. Salete Silva Sommariva. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça lavrou parecer o Exmo. Sr. Procurador de Justiça Dr. Paulo Roberto de Carvalho Roberge.

Florianópolis, 29 de agosto de 2006.

Fernando Carioni,
Presidente, com voto;
Marcus Tulio Sartorato,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL

APELAÇÃO CÍVEL N. 2005.013794-8, DE CATANDUVAS

Relator: Des. Marcus Tulio Sartorato

Processual civil – Intervenção de terceiro – Cobrança de seguro – Incêndio em imóvel residencial – Bem sinistrado objeto de usufruto – Proprietária da casa incendiada que move pleito de oposição reivindicando a titularidade para o recebimento da indenização – Subsistência – Direito da usufrutuária autora da ação principal adstrito à sub-rogação da indenização – Inteligência dos art. 735, §§ 1º e 2º, e 739 do Código Civil de 1916 – Decisão que julgou procedente a oposição mantida – Recurso desprovido.

"Quem pretender, no todo ou em parte, a coisa ou o direito sobre que controvertem autor e réu, poderá, até ser proferida a sentença, oferecer oposição contra ambos" (CPC, art. 56).

Cabe ao proprietário da coisa sinistrada receber a respectiva indenização securitária, ressalvado o direito de sub-rogação do usufrutuário.

*Civil – Cobrança – Contrato de seguro – Incêndio em residência – Relação de consumo – Negativa de cobertura sob o argumento de que o imóvel se encontrava desocupado por mais de trinta dias – Cláusula contratual limitativa não destacada – Circunstâncias do caso concreto que afastam a sua incidência – Laudos periciais conflitantes – Seguradora que propõe a reconstrução da casa – Impossibilidade de se atribuir à segurada a culpa pelo incêndio – Tese levantada apenas em grau de recurso – Proibição de inovação em sede de apelação (*jus novorum*) – Perda total do bem segurado demonstrada por meio de boletim de ocorrência, laudo pericial e prova*

testemunhal – Obrigação da seguradora de efetuar o pagamento da indenização prevista na apólice no seu valor integral – Sentença mantida – Recurso desprovido.

1. "A matéria nova, apresentada em grau de recurso de apelação, deve fugir da apreciação neste grau de jurisdição, eis que não ventilada e debatida no juízo a quo*" (Ap. Cív. n. 31.178, rel. Des. Cid Pedroso).*

2. Constatada a perda total do bem segurado, a indenização deverá corresponder ao valor integral previsto na apólice, e não à importância estimada pela seguradora.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2005.013794-8, da comarca de Catanduvas (Vara Única), em que são apelantes e apeladas Liberty Paulista Seguros S. A. e Marilene Artifon, e apelada Daniela Lúcia Cazella Zanela:

ACORDAM, em Terceira Câmara de Direito Civil, por votação unânime, negar provimento aos recursos.

Custas na forma da lei.

Relatório

Marilene Artifon ajuizou ação de indenização de seguro contra Companhia Paulista de Seguros S. A.

Na petição inicial, afirmou a autora ser proprietária de um imóvel urbano locado a terceira pessoa, o qual foi objeto de um contrato de seguro que firmara com a ré, cujo prêmio foi integralmente pago. Narrou que, em 16-12-1997, houve um incêndio no local, que destruiu completamente o bem segurado, e, ao final, ante a negativa da seguradora de pagar a indenização pactuada, postulou que esta seja condenada ao pagamento de R$ 35.000,00, mais consectários legais.

Devidamente citada, a ré apresentou resposta na forma de contestação, na qual aduziu, em síntese, que o imóvel segurado só teria cobertura se habitado normalmente como residência, e que não estaria coberto se permanecesse desocupado ou abandonado por mais de trinta dias, como ocorreu no caso concreto.

Apresentada réplica (fls. 74 a 76), foi colhido o depoimento de uma testemunha da ré (fl. 114).

Posteriormente, Daniela Lúcia Cazella Zanela ajuizou ação de oposição contra as partes, aduzindo, em suma, que é a proprietária do imóvel sinistrado, e que a oposta Marilene Artifon, sua mãe, tem mero direito de usufruto. Acrescentou que foi na condição de usufrutuária que sua genitora realizou o referido contrato de seguro. Assim, requereu a procedência dos pedidos para que a seguradora lhe pague a indenização.

Devidamente citadas, as opostas apresentaram resposta.

A Companhia Paulista de Seguros S. A. reiterou os argumentos expendidos na ação indenizatória.

Marilene Artifon, por sua vez, apresentou contestação asseverando que, na condição de usufrutuária, está sub-rogada nos direitos advindos do contrato de seguro do imóvel, pelo que lhe cabe o direito a receber a indenização.

Apresentada réplica pela opoente (fls. 47 a 50), o feito foi devidamente instruído.

Sobreveio sentença de mérito (fls. 137 a 145), cujo dispositivo foi assim redigido:

"Diante do exposto, julgo procedente o pedido da opoente, Daniela Lúcia Cazella Zanela, e declaro-a parte legítima para receber a indenização objeto da ação proposta, determinando a exclusão do pólo ativo da demanda de Marilene Artifon.

"Em conseqüência, condena a ré a indenizar a Daniela Lúcia Cazella Zanela, o valor de R$ 35.000,00, na forma prevista na apólice, valor este que deverá ser acrescido de juros de mora de 6% ao ano a partir da citação e correção monetária legal a partir da data do sinistro, 18-12-1997.

"Arcará a ré com as custas processuais e honorários de advogado que fixo em 20% sobre o valor da condenação atualizado.

"Aos doutores procuradores de Marilene Artifon e de Daniela Lúcia Cazella Zanella fixo remuneração de 15 URHs".

Irresignadas com o veredicto, a autora Marilene Artifon e a seguradora ré interpuseram recurso de apelação.

Liberty Paulista Seguros S. A. reedita o que expendeu em sua defesa e acrescenta que "o incêndio foi provocado de forma proposital e com preparação minuciosa, deixando a casa desabitada e fazendo com que o fogo iniciasse em três locais diferentes" (fls. 154 a 168), pelo que requereu a reforma da sentença para que sejam julgados improcedentes os pedidos.

Marilene Artifon, por sua vez, sustenta que o Magistrado *a quo* interpretou equivocadamente os

dispositivos legais, uma vez que a legislação em vigor "lhe garante o direito ao recebimento do seguro, mediante a reconstrução do imóvel" (fls. 178 a 188).

As partes ofertaram contrarazões (fls. 175 a 177, 194 a 196 e 200 a 204).

Voto

1. Inicialmente, cabe analisar o pleito de oposição a fim de que se possa aferir quem detém a legitimidade para pleitear o valor da indenização pelo contrato de seguro, já que tanto a usufrutuária Marilene Artifon como a proprietária do imóvel, Daniela Lúcia Cazella Zanela, reivindicam esta titularidade.

Dispõe o art. 56 do Código de Processo Civil: "Quem pretender, no todo ou em parte, a coisa ou o direito sobre que controvertem autor e réu, poderá, até ser proferida a sentença, oferecer oposição contra ambos". Conquanto intervenção de terceiro, a oposição é verdadeira ação dirigida contra ambas as partes já litigantes.

In casu, Daniela Lúcia Cazella Zanela ajuizou ação de oposição contra a autora do pleito principal de cobrança de seguro, Marilene Artifon, bem como contra a seguradora ré.

Compulsando os autos, verifica-se que Daniela Lúcia é de fato a proprietária do imóvel objeto do contrato de seguro (Escritura Pública – fls. 8 e 9). Consta ainda da aludida escritura, de forma expressa, a reserva de usufruto para Marilene Artifon, que é genitora da opoente.

Assim, cinge-se a controvérsia a respeito da legitimidade ou não da usufrutuária do imóvel segurado em requerer a indenização securitária decorrente da destruição do bem.

Os dispositivos dos arts. 735 e 737 do Código Civil de 1916, vigentes à época dos fatos, elucidam a questão.

"Art. 735. Se a coisa estiver segura, incumbe ao usufrutuário pagar, durante o usufruto, as contribuições do seguro.

"§ 1º Se o usufrutuário fizer o seguro, ao proprietário caberá o direito dele resultante contra o segurador.

"§ 2º Em qualquer hipótese, o direito do usufrutuário fica subrogado no valor da indenização do seguro.

[...]

"Art. 737. Se um edifício sujeito a usufruto for destruído sem culpa do proprietário, não será este obrigado a reconstruí-lo, nem o usufruto se restabelecerá, se o proprietário reconstruir à sua custa o prédio; mas, se ele estava seguro, a indenização paga fica sujeita ao ônus do usufruto.

"Se a indenização do seguro for aplicada à reconstrução do prédio, restabelecer-se-á o usufruto" (sem grifo no original).

Em comentário aos referidos artigos, assinala Washington de Barros Monteiro que "o usufrutuário não se acha obrigado a segurar o bem usufruído, mas, efetuando, o seguro, não pode escusar-se ao pagamento das contribuições devidas à seguradora. [...] Natural que esse encargo corra por conta do usufrutuário, não só porque lhe cabe velar pela conservação da coisa, como também porque tem interesse em sub-rogar-se na indenização, caso o bem usufruído venha sinistrar-se (art. 735, § 2º). [...] Efetivamente a destruição do prédio por incêndio, inundação, terremoto ou guerra extingue o usufruto pelo perecimento de seu objeto, *ex vi* do disposto no art. 77, do Código Civil. Em qualquer dessas hipóteses, o nu-proprietário não é obrigado a reconstruir o prédio. Ainda que venha a fazê-lo à sua custa, não se restabelecerá o usufruto, que se encontra definitivamente extinto. Diversa, no entanto, a situação se o prédio estava segurado. Nesse caso, o direito real sub-rogar-se-á no uso e gozo da indenização paga pela seguradora. Se reconstruído a expensas dessa indenização, revigorar-se-á o usufruto" (Curso de direito civil: direito das coisas. Saraiva, 1990. p. 320 e 321).

Também doutrina Orlando Gomes:

"A destruição da coisa causa a extinção do usufruto, porque o direito fica sem objeto. O mesmo ocorre quando se verifica a perda. Se a destruição é parcial, não há extinção, mas simples modificação quantitativa. À destruição total equiparam alguns a impossibilidade de produção de frutos, mas, sem razão porque o direito de usufruto tem compreensão mais ampla. Nem sempre a destruição extingue o usufruto. Pode-se verificar a sub-rogação, como se dá no caso de destruição por incêndio, se o proprietário reconstruir à sua custa o prédio, ou quando, estando segurado, a indenização foi paga" (Direitos reais. Forense, 1992. p. 283 e 284).

E, ao contrário do que afirma a apelante usufrutuária, a legislação não lhe garante o recebimento da indenização securitária mas tão-só o direito real de se sub-rogar no referido valor.

Com efeito, o fato de a usufrutuária (Marilene Artifon) ter contratado o famigerado seguro não retira da proprietária (Daniela Lúcia Cazella Zanela) o direito dele resultante. Todavia, ressalta-se que o direito da usufrutuária ficará adstrito à sub-rogação no valor da indenização do seguro (art. 735, § 2º, do Código Civil de 1916).

Destarte, por haver previsão legal quanto ao direito exclusivo da proprietária de receber a indenização quando o imóvel objeto do usufruto estiver segurado, melhor razão não há senão manter a sentença no que tange à ilegitimidade da usufrutuária, ora apelante, observando-se, todavia, o direito de que a sub-rogação resulta.

2. De plano, é de se reconhecer a relação de consumo existente entre as partes, as quais se enquadram no conceito de consumidor e fornecedor de serviços, estatuídos nos arts. 2º e 3º do Código de Defesa do Consumidor, respectivamente. Prescrevem mencionados dispositivos que "consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produtos ou serviço como destinatário final", e que "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".

Sobre o tema, colhem-se os seguintes julgados:

"Apelação cível – Ação de cobrança de diferença de indenização securitária – Contrato de seguro de vida – Aplicação do Código de Defesa do Consumidor – Prescrição qüinqüenal e não anual – Exegese do art. 27 do CDC – Sentença mantida – Recurso não provido" (Ap. Cív. n. 2003.009967-0, rel. Des. Wilson Augusto do Nascimento).

"Os contratos de seguro são regidos pelo Código de Defesa do Consumidor (CDC), a teor do que dispõe o art. 3º, § 2º, daquele mesmo diploma, com menção expressa aos serviços de natureza securitária" (Ap. Cív. n. 2002.011363-3, rel. Des. Monteiro Rocha).

"A teor do disposto no art. 3º, § 2º da Lei n. 8.078, de 11-9-90, a atividade securitária é considerada como serviço e a empresa seguradora é por conseqüência equiparada a fornecedor para os fins do código de defesa do consumidor.

"Logo, em ação de indenização por fato de serviço, aplica-se a disposição do art. 27 do CDC que estatui que o prazo prescricional é de cinco anos" (AI n. 1998.011951-0, rel. Des. Nelson Schaefer Martins).

"Sendo aplicável, em matéria de seguro, o Código de Defesa do Consumidor, vale a prescrição qüinqüenal (art. 27, Lei n. 8.078/90)" (Ap. Cív. n. 1999.016428-4, rel. Des. José Volpato de Souza).

No caso em tela, ficou incontrovertido que Marilene Artifon (usufrutuária) entabulou um contrato de seguro (Apólice n. 71-26-410-013-00, fls. 10 e 11) de um imóvel residencial.

Entre as coberturas contratadas, incluem-se os danos causados por incêndio, explosão e raio, com cobertura de R$ 35.000,00 (trinta e cinco mil reais).

Destaque-se que esses valores foram fixados pela própria seguradora, e, segundo a jurisprudência dominante desta Corte, "a apólice, nos termos do art. 1.434 do mesmo Código, consignará o valor do objeto segurado. Ausente tal especificação, tem-se como valor do bem o *quantum* pelo qual foi ele segurado" (Ap. Cív. n. 44.515, rel. Des. João José Schaefer).

Sustenta a seguradora apelante que a proprietária do imóvel não tem direito à indenização porque não cumpriu integralmente com as obrigações assumidas, tendo em vista que o imóvel segurado teria ficado abandonado por mais de trinta dias. Entretanto, a aludida tese não merece guarida.

Reza a cláusula n. 15, F, das Condições Gerais da Apólice:

"15. Perdas de direitos

[...]

"F) se não informar a esta seguradora sobre:

"-- a desocupação ou desabitação dos imóveis segurados ou que contenham os bens segurados, por um período de mais de 30 dias consecutivos".

Extrai-se dos autos que, quando foi celebrado o contrato de seguro, o imóvel se encontrava locado a terceiro (fl. 2). Consta ainda que a ex-locatária Elis Bittencourt deixou de morar na residência sinistrada em 15-11-1997 (fl. 42), e que o incêndio deu-se um mês após, ou seja, em 18-12-1997.

Por sua vez, as provas testemunhais colhidas atestam que, na ocasião da ocorrência do sinistro, a residência segurada estava desocupada (Elis Bittencourt à fl. 122 e Diva Begnini à fl. 114).

Entrementes, o fato de o imóvel segurado permanecer por cerca de 33 (trinta e três) dias desocupado não pode servir de argumento, no presente caso, para que a seguradora se escuse do pagamento da indenização.

Ademais, como bem salientou o ilustre Magistrado *a quo*, "no contrato de seguro, por ser típico contrato de adesão, a parte contratante fica subordinada a ele sem que se possa discutir suas cláusulas e condições, merecendo, em hipótese de dúvida sobre seu alcance, interpretação mais favorável à parte que ao pacto adere. Entendo que, embora a inquilina tenha desocupado o imóvel, a todo momento ele esteve à disposição da autora. Neste caso, a casa ao invés de encontrar-se sob os cuidados da inquilina, encontrava-se sob os cuidados da própria usufrutuária,

que por certo, tinha interesse na sua conservação e manutenção, podendo utilizá-la quando bem entendesse. [...] A simples circunstância de o imóvel ter permanecido à disposição da segurada, não equivale à alegação da ré de que a autora tivesse deixado o imóvel abandonado" (fls. 142 e 143).

O Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90), em seu art. 51 e respectivos incisos, considera abusivas e nulas de pleno direito, entre outras, cláusulas contratuais que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada ou sejam incompatíveis com a boa-fé. Nesse sentido, colhe-se o seguinte precedente desta Corte de Justiça:

"Contrato de seguro de danos. Incêndio. Cláusula limitativa de responsabilidade. Imóvel desabitado. Não caracterização. A comprovação de que o segurado, embora não habitando o bem segurado, mantinha junto a este um agregado que o usava diariamente, afasta a incidência da cláusula contratual que exclui da cobertura securitária o imóvel desabitado" (Ap. Cív. n. 1999.007266-5, rel. Des. Carlos Alberto Silveira Lenzi).

Desse modo, ante os motivos delineados e por não haver prova de que as cláusulas e demais condições constantes da avença foram submetidas à prévia apreciação da segurada no ato da adesão ao seguro, não há aceitar as limitações impostas pela seguradora.

3. Com relação à tese de que o incêndio que destruiu o imóvel segurado foi intencional, melhor sorte socorre à apelante, pois é descabida a análise pelo Juízo *ad quem* de matéria não suscitada em primeiro grau, em respeito aos preceitos contidos nos arts. 515, *caput*, e 517 do Código de Processo Civil. Em comentários ao assunto, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade ensinam:

"O apelo pode ser utilizado tanto para a correção de injustiças como para a revisão e reexame das provas. A limitação do mérito do recurso, fixada pelo efeito devolutivo, tem como conseqüências: a) a limitação do conhecimento do tribunal, que fica restrito à matéria efetivamente impugnada (*tantum devolutum quantum appellatum*); b) proibição da reforma para pior; c) proibição de inovar em sede de apelação (proibição de modificar a causa de pedir ou o pedido).

[...]

"Por inovação entende-se todo elemento que pode servir de base para a decisão do tribunal, que não foi argüido ou discutido no processo, no procedimento de primeiro grau de jurisdição (Fasching, ZPR2, n. 1721, p. 872). Não se pode inovar no juízo de apelação, sendo defeso às partes modificar a causa de pedir ou o pedido (nova demanda)" (Código de processo civil comentado e legislação extravagante. 7. ed., São Paulo:

Revista dos Tribunais. 2003. p. 884, 887 e 888).

A respeito da *quaestio*, assim já decidiu esta Corte:

"Salvo as matérias de ordem pública, a 'atividade cognitiva da segunda instância se limita às partes da sentença que hajam sido objeto de impugnação' (Portanova, Rui. Princípios do processo civil. 5. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 278) e, como no caso vertente, o recurso versa sobre tese não debatida na origem, sequer objeto de análise do *decisum* desafiado, resta impedido o conhecimento do reclamo, devido a proibição de inovar (*ius novorum*) na apelação, conforme preconiza o art. 517 do CPC, bem como diante da adstrição do juízo *ad quem* aos limites da lide e do julgado, faltando aos apelantes, deste modo, interesse recursal" (Ap. Cív. n. 2002.019679-2, Des. Marco Aurélio Gastaldi Buzzi).

"A interposição do recurso devolve à instância *ad quem* apenas o conhecimento da matéria expressamente impugnada na instância *a quo*, sendo defeso ao Tribunal conhecer de questões não suscitadas, a cujo respeito a lei exige iniciativa da parte" (Ap. Cív. n. 1998.011102-1, rel. Des. Eder Graf).

"Restrita a matéria deduzida em face do brocardo *tantum devolutum quantum appellatum* e ressalvadas as questões examináveis de ofício, a impugnação não pode ser ampliada" (Ap. Cív. n. 1996.012528-0, rel. Des. Francisco Oliveira Filho).

Sobre o tema, ensina Luiz Fux: "em respeito ao princípio do duplo grau de jurisdição, não é lícito inaugurar pedidos na instância *ad quem*" (Intervenção de terceiros. Saraiva, 1990. p. 22).

José Carlos Barbosa Moreira complementa:

"A extensão do efeito devolutivo determina-se pela extensão da impugnação: *tantum devolutum quantum appellatum*. É o que estabelece o dispositivo ora comentado, quando defere ao tribunal 'o conhecimento da matéria impugnada'.

"Como o apelante, à evidência, não pode impugnar senão aquilo que se decidiu em (na sentença: não em qualquer outro pronunciamento do juiz, ainda que emitido pouco antes – *v.g.*, no curso da mesma audiência), conclui-se desde logo que a apelação não devolve ao tribunal o conhecimento da matéria estranha ao âmbito do julgamento do órgão *a quo*.

[...]

"Ademais, como não se concebe que a extensão da matéria impugnada seja maior que a da matéria decidida, o julgamento do tribunal (com ressalva do disposto no art. 516) nunca terá objeto mais

extenso que o da sentença apelada" (Comentários ao código de processo civil. Forense, 1998. v. V. p. 425 e 426).

Não obstante, *ad argumentandum*, é possível acrescentar que tanto o documento confeccionado pela empresa reguladora de sinistros contratada pela seguradora apelante (fls. 61 a 70) quanto a perícia realizada, além de terem sido elaborados unilateralmente, mostram-se contraditórios.

Colhe-se da conclusão da perícia (fl. 50):

"Fonte ignitora, não foram encontrados elementos que pudessem identificá-la não tendo sido fenômeno termelétrico ou natural [...].

"Pela descrição das pessoas que presenciaram o incêndio, pelos exames do local e dos remanescentes, pela rapidez com que o fogo se desenvolveu pelo consumo quase completo do combustível (madeira), pela carga de fogo que havia no local e ainda pelos vestígios de Acelerador, concluiu-se que a causa do incêndio foi uma ação pessoal intencional, caracterizando o fogo posto".

Por outro lado, extrai-se do relatório de regulação de sinistros (fls. 61 a 63):

"1. A casa ficou praticamente destruída [...].

"2. Embora a casa estivesse desocupada desde 15 de novembro de 1997 (consta da investigação da Global), verificamos que o disjuntor do medidor de energia elétrica encontrava-se na posição ligado;

"3. No medidor verificou-se a existência de pontos de perolamento, *indicativo de um possível curto que pode ser causa ou conseqüência do sinistro*;

[...]

"8. *Perguntada sobre a reconstrução a Seguradora não demonstrou interesse* [...]" (sem grifo no original).

Assim, enquanto o perito de seguradora afirma que a causa do incêndio foi uma ação pessoal, o engenheiro civil responsável pela elaboração do relatório do sinistro atesta que a deflagração pode ter sido causada por um curto no medidor elétrico.

Por outro lado, a circunstância de a seguradora ter proposto a reconstrução do imóvel segurado por si só desnatura a assertiva de que o incêndio tenha sido intencional. Extrai-se da peça contestatória:

"A requerente jamais aceitou reconstruir o imóvel e repor os bens, pretendendo sempre receber o valor constante da Apólice, numa demonstração evidente, de obter vantagem indevida, porquanto, pretende receber mais do que os prejuízos que sofrerá" (fl. 27).

4. Por fim, em caso de perda total do imóvel decorrente de incêndio, a quantia a ser paga ao segurado deve corresponder à descrita na apólice ou aos prejuízos efetivamente constatados.

Não há controvérsia quanto à constatação de que o incêndio ocasionou a perda total do imóvel segurado. Extrai-se do relatório de vistoria que "a casa ficou praticamente destruída, podendo ser reaproveitado as fundações de concreto, o contrapiso e duas paredes de alvenaria" (fl. 18).

Outrossim, pinça-se do boletim de ocorrência: "compareceu [...] o comunicante acima para registrar o seguinte, que durante a madrugada do dia 18-12-97, ocorreu um incêndio em sua casa [...] o qual resultou danos totais [...]" (fl. 14).

Consta ainda do termo do depoimento de Diva Begnini (fl. 46):

"[…] fará seis anos que a depoente reside na casa ao lado daquela incendiada e quando para lá se mudou Marilene já não residia no imóvel, mas sim o inquilino; *depois do incêndio, todo telhado veio abaixo ou se queimou ficando apenas alguns escombros e algumas paredes*" (sem grifo no original).

De mais a mais, as fotografias acostadas às fls. 51 a 59 chancelam a alegação da segurada de que sua residência conflagrou completamente, restando no local apenas entulhos. Por essa razão, melhor solução não há senão confirmar a decisão que condenou a seguradora a indenizar a segurada segundo o valor integral inserto na apólice (R$ 35.000,00), devidamente atualizado e acrescido de juros de mora.

Sobre o tema, colhem-se os seguintes precedentes desta Corte de Justiça:

"Havendo perda total do imóvel segurado, a indenização deve equivaler ao valor constante da apólice, sendo ato ilícito da seguradora a pretensão de pagar valor de mercado frágil, incerto e inferior àquele.

"O contrato de seguro é a transferência do risco para o segurador. A indenização, quando ocorrido o evento segurado, deve ser a mais completa possível, a fim de recolocar o beneficiário na situação que se encontrava antes do sinistro" (Ap. Cív. n. 1997.008112-0, rel. Des. Carlos Prudêncio).

"Ao confirmar os valores constantes da apólice, através de vistoria efetuada ou declaração do segurado, cobrando, da seguradora, pelos riscos futuros, o pagamento de um prêmio, calculado sobre o valor do bem segurado, cujos pagamentos foram corretamente efetuados, mister se faz a cobertura integral da importância segurada" (Ap. Cív. n. 2000.000141-4, rel. Des. Anselmo Cerello).

"'Se a perda é total, e o seguro se fizer por valor determinado, o prejuízo já se acha previamente fixado, e a indenização será a que a apólice declarar' (Clovis Beviláqua)" (Ap. Cív. n. 49.986, rel. Des. Newton Trisotto).

"Apelação cível – Ação de cobrança – Seguro contra incêndio – Perda total – Indenização devida – Dever da seguradora de indenizar o valor descrito na apólice – Transação – Recibo firmado pelo segurado dando quitação integral da dívida – Irrelevância – Decisão mantida – Recurso desprovido.

"Havendo perda total da coisa segurada, bem como, o pagamento do prêmio pelo segurado, o *quantum* indenizatório deverá corresponder ao valor integral da apólice e não à importância estimada pela seguradora" (Ap. Cív. n. 2002.001331-5, rela. Desa. Salete Silva Sommariva).

"Seguro residencial – Incêndio – Preliminar de cerceamento de defesa rechaçada – Companhia seguradora condenada a indenizar o valor consignado na apólice – Orçamento a menor – Irrelevância diante da perda total do bem.

"Nos contratos de seguro, quando a perda do bem segurado for total, deve a indenização corresponder ao valor constante da apólice" (Ap. Cív. n. 2004.018311-9, rel. Des. Orli Rodrigues).

"Comprovada a perda total do bem segurado em decorrência de incêndio, assim como o pagamento do prêmio pelo segurado, o valor da indenização deve corresponder ao contratado na apólice, sobre o qual é calculado e cobrado o prêmio, de acordo com a dicção dos arts. 1.458 e 1.462 do Código Civil de 1916, vigente ao tempo dos fatos, sem indagar-se sobre os prejuízos efetivamente havidos" (Ap. Cív. n. 2001.000485-8, rel. Des. Luiz Carlos Freyesleben).

"Seguro. Incêndio. Perda total. Cobertura securitária não discriminatória dos bens segurados em face da empresa sinistrada. Indenização devida considerando o valor global da apólice. Inteligência dos artigos 1.432 e 1.462, ambos do código civil. Pedido acolhido. Apelos desprovidos.

"Em tema de seguro contra incêndio, desde que comprovada a perda total do bem imóvel globalmente segurado, é devido o pagamento pelo valor total da cobertura securitária, segundo os precisos termos da apólice, ainda que se revele superior ao bem sinistrado, na conformidade das disposições contidas nos artigos 1.432 e 1.462 do Código Civil" (Ap. Cív. n. 1999.001688-9, rel. Des. Eládio Torret Rocha).

"Em sede de seguro contra incêndio, positivado o sinistro e o perecimento integral do imóvel segurado, o valor da contratação retratado

na respectiva apólice, corresponde à prefixação dos danos a serem cobertos" (Ap. Cív. n. 1996.007433-3, rel. Des. Trindade dos Santos).

5. Ante ao exposto, vota-se pelo desprovimento dos recursos.

Decisão

Nos termos do voto do Relator, negaram provimento aos recursos.

Participou do julgamento a Exma. Sra. Desa. Salete Silva Sommariva.

Florianópolis, 10 de agosto de 2006.

Fernando Carioni,
Presidente, com voto;
Marcus Tulio Sartorato,
Relator.

GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO COMERCIAL

EMBARGOS INFRINGENTES

EMBARGOS INFRINGENTES N. 2006.010406-9, DE TUBARÃO

Relatora: Desa. Salete Silva Sommariva

Embargos infringentes — Preliminar – Deserção – Preparo – Recolhimento concomitante à protocolização do recurso – Proemial rechaçada.

Reputa-se regular o preparo quando comprovado seu recolhimento na mesma data da apresentação das razões no sistema de Protocolo Unificado (Provimento n. 7/87), inexistindo transgressão ao caput *do artigo 511 do Código de Processo Civil.*

Ação declaratória de nulidade de ato jurídico – Contratos bancários – Juros remuneratórios – Limitação constitucional – Pactuações datadas antes da EC n. 40/2003 – Não incidência do art. 192, § 3º, da CF/88 e do art. 1º do Decreto n. 22.626/33 – Súmulas 648 e 596 do STF – Validade do índice pactuado desde que inferior à taxa média de mercado divulgada pelo Bacen – Contratos firmados anteriormente à publicação da tabela – Validade dos juros estipulados.

Aos contratos assinados antes da Emenda Constitucional n. 40/2003 não se aplica a limitação de juros

constante do art. 192, § 3º, da CF/88, porquanto, a teor da Súmula 648 do STF, sua aplicabilidade estava condicionada à lei complementar que nem sequer chegou a ser editada.

Consoante a Súmula 596 do STF, a limitação dos juros constantes do art. 1º do Decreto n. 22.626/33 não se aplica aos contratos firmados com instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional.

Assim, de conformidade com os precedentes do Superior Tribunal de Justiça, é válida a taxa de juros livremente pactuada, desde que não seja superior à taxa média de mercado divulgada pelo Bacen, e a esse percentual ficará limitada. Na hipótese de contrato firmado anteriormente à publicação da tabela pela autarquia federal, vale a taxa de juros pactuada.

Comissão de permanência – Inacumulabilidade com correção monetária – Súmula 30 do STJ – Cálculo limitado à taxa média de mercado divulgada pelo Bacen – Validade – Súmula 296 do STJ – Recurso desprovido.

De conformidade com a Súmula 296 do Superior Tribunal de Justiça, a comissão de permanência, não cumulada com a correção monetária (Súmula 30 do STJ), poder ser cobrada, desde que observada a taxa média de mercado divulgada pelo Bacen.

Repetição de indébito – Má-fé da instituição financeira – Inocorrência – Devolução na forma simples – Precedentes do STJ.

Perfilhando o entendimento esposado pelo Superior Tribunal de Justiça, a repetição dos valores, em sede de ação revisional de contrato bancário, efetivar-se-á na forma simples, dada a ausência de má-fé da instituição financeira, uma vez que procedera à cobrança dos encargos tal como previstos contratualmente.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos Infringentes n. 2006.010406-9, da comarca de Tubarão (2ª Vara Cível), em que é embargante Tessália Indústria Têxtil Ltda. e embargado o Banco Bradesco S. A.:

ACORDAM, em Grupo de Câmaras de Direito Comercial, por maioria, negar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

Relatório

Na comarca de Tubarão, Tessália Indústria Têxtil Ltda. ingressou com ação declaratória de nulidade de ato jurídico contra o Bradesco S. A., visando à desconsideração das operações lançadas em conta-corrente n. 38.645-6 sem a sua prévia autorização, assim como ao expurgo dos encargos cobrados pela instituição financeira ré, no tocante aos juros remuneratórios acima do patamar previsto na Constituição Federal de 1988 e à capitalização de juros. Por fim, requereu a procedência do pedido, com a condenação da ré na devolução dos valores exigidos indevidamente. Juntou documentos (fls. 13 a 193).

Citada (fl. 196), a instituição financeira ré ofereceu resposta sob a forma de contestação (fls. 197 a 218), aduzindo, preliminarmente, a inépcia da inicial dada a impossibilidade de cumulação do rito atinente à revisão contratual com o de prestação de contas. No mérito, ressaltou a inocorrência de cobrança de encargos ilegais, ao argumento de estarem expressamente previstos nos contratos de financiamento na forma de borderô de descontos de duplicatas, bem como no contrato de crédito rotativo. Ademais, defendeu a ausência de limitação aos juros remuneratórios e também a legalidade da capitalização de juros, em razão da sua pactuação. Aduziu a não- aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor e a inexistência de onerosidade excessiva para autorizar a adoção da teoria da imprevisão. Ao final, pugnou pelo indeferimento da perícia técnica e do pedido. Juntou documentos (fls. 219 a 251).

Após a réplica (fl. 253), o juiz de primeiro grau determinou a realização de perícia técnica (fls. 264 e 265), vindo o expert apresentar o laudo (fls. 295 a 304) após a formulação dos quesitos pelas partes.

Conclusos os autos, o Magistrado proferiu sentença (fls. 323 a 360), nos seguintes termos: 1º) aplicou as disposições do Código de Defesa do Consumidor; 2º) limitou os juros remuneratórios em 12% ao ano; 3º) de ofício, reconheceu a ilegalidade da TR como indexador monetário,

reduziu a multa moratória para 2% e vedou a cobrança de comissão de permanência. Condenou o banco demandado ao pagamento em dobro da quantia indevidamente cobrada. Por fim, julgou procedente o pedido formulado pela empresa autora e julgou extintas as ações monitórias conexas, condenando o banco ao pagamento da verba sucumbencial.

Irresignada, a instituição financeira ré interpôs recurso de apelação (fls. 366 a 392), buscando a reforma da sentença sob os seguintes argumentos: a) sustentou a inviabilidade de revisão de contratos findos e também a ofensa ao *pacta sunt servanda*; b) ressaltou a não-incidência da capitalização de juros; c) mencionou que a multa no patamar de 10% deveria ser mantida, já que expressamente pactuada; d) que o artigo 192, § 3º, não é auto-aplicável; e) que a cobrança de comissão de permanência é autorizada por resolução do Conselho Monetário Nacional; f) que a estipulação da TR como fator de correção monetária é legal; g) finalmente, que se encontram ausentes os pressupostos autorizadores da repetição de indébito, quais sejam, a prova de erro e de má-fé. Para arrematar, pugnou pelo provimento do apelo. Acostou comprovante de recolhimento de preparo à fl. 395.

Contra-razões às fls. 400 a 417.

Por ocasião da sessão de julgamento realizada em 27-10-2005, a Segunda Câmara de Direito Comercial decidiu, por maioria, prover em parte o recurso. Ficou vencido em parte o Exmo. Sr. Des. Trindade dos Santos, que posicionou-se pela limitação dos juros remuneratórios em 12% anuais, assim como pela vedação à cobrança de comissão de permanência e pela prevalência do disposto no art. 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor, para autorizar a devolução em dobro dos valores cobrados indevidamente.

Com o intuito de preponderar o voto vencido, a parte apelada interpôs embargos infringentes (fls. 566 a 636), utilizando a tese adotada pelo Exmo. Sr. Des. Trindade dos Santos (fls. 470 a 562) como razões de fato e de direito, reclamando, destarte, o provimento do recurso. Acostou comprovante de recolhimento de preparo (fls. 637 e 638).

Em sede de contra-substratos recursais (fls. 682 a 690), o banco embargado aduziu, preliminarmente, a deserção dos embargos infringentes, porquanto a guia de recolhimento de preparo data de período anterior à protocolização das razões. No mérito, defendeu a não-aplicabilidade da Lei de Usura, tampouco do Código Civil vigente, com relação à limitação da taxa de juros pelas instituições financeiras. Ademais, salientou a le-

galidade da cobrança de comissão de permanência por força da Resolução n. 1.129/86 do Conselho Monetário Nacional. No tocante à repetição de indébito, salientou a impossibilidade de sê-la em dobro, uma vez não comprovada a má-fé da instituição financeira. Requereu, por fim, o desprovimento do recurso.

Em seguida, os autos seguiram conclusos ao relator do aresto embargado, que averiguou o preenchimento dos pressupostos de admissibilidade do recurso em tela (fl. 692).

Voto

Antes de adentrar à análise do conteúdo meritório dos presentes embargos infringentes, insta averiguar a preliminar aventada pela parte embargada em sede de contra-substratos recursais, consubstanciada na violação ao parágrafo único do artigo 511 do Código de Processo Civil, ao argumento de que o comprovante de recolhimento do preparo não se efetivou simultaneamente à interposição do recurso em tela.

Todavia, compulsando os autos, vislumbra-se que a interposição dos embargos infringentes deu-se por intermédio do sistema de Protocolo Unificado na comarca do juízo de primeiro grau, nos termos do Provimento n. 7/87 da Corregedoria-Geral da Justiça, na data de 20-1-2006 (fl. 566v.). Dessa feita, nota-se que os comprovantes de recolhimento do porte de remessa e retorno (fl. 637) e do preparo do recurso (fl. 638) deram-se concomitantemente à sua protocolização na comarca de origem (20-1-2006).

Pouco importa, para o preenchimento do requisito insculpido no parágrafo único do artigo 511 do CPC, a chegada da peça no tribunal em etapa posterior (23-1-2006), reputando-se válida a protocolização do recurso, no juízo de primeiro grau, acompanhado do respectivo e simultâneo preparo, tendo em vista a observância à regra contida no provimento em destaque.

Destarte, rejeita-se a preliminar em comento e passa-se ao exame das questões deduzidas no presente recurso.

1 -- Dos juros remuneratórios

Seguindo pela ordem de prejudicialidade das questões propostas pelo embargante, impende analisar, nesse momento, a divergência no tocante à taxa de juros aplicada pelo banco embargado.

A parte embargante visa à prevalência do voto vencido, no tocante à limitação aos juros remuneratórios no patamar de 12% ao ano, no intuito de fazer valer a regra insculpida no art. 192, § 3º, da Constituição Federal de 1988, em consonância aos preceitos estatuídos no Código de Defesa do Consumidor.

A tese fundamenta-se na assertiva de que somente cabe ao Poder Legislativo dispor sobre matéria financeira e, excepcionalmente, ao Poder Executivo, por Medida Provisória.

Em primeiro momento, a questão acerca da não auto-aplicabilidade do art. 192, § 3º, da CF/88, já está assentada pela jurisprudência do STF (Súmula 648).

Não obstante, a necessidade de se buscar uma limitação para a taxa de juros, a fim de se identificar possíveis abusividades, fez reportar-se ao art. 1º do Decreto n. 22.626/33, *verbis*: "Art. 1º. É vedado, e será punido nos termos desta lei, estipular em quaisquer contratos taxas de juros superiores ao dobro da taxa legal (Código Civil, art. 1.062)". Segundo esse dispositivo, a taxa de juros cobrada anualmente não poderia ultrapassar a 12% (doze por cento), uma vez que limitada ao dobro da taxa legal que, segundo o art. 1.062 do Código Civil em vigência à época, era de 6% (seis por cento) anuais.

Contudo, essa alternativa para a limitação da taxa de juros foi logo abandonada em razão da Súmula 596 do Supremo Tribunal Federal, cujo enunciado estabelece o seguinte:

"Súmula 596. As disposições do Decreto n. 22.626/1933 não se aplicam às taxas de juros e aos outros encargos cobrados nas operações realizadas por instituições públicas ou privadas, que integram o sistema financeiro nacional".

Outrossim, tendo em vista a refalada inaplicabilidade do disposto no art. 192, § 3º, da Constituição Federal e art. 1º do Decreto n. 22.626/33, persistiu a necessidade de se buscar limite para a taxa de juros remuneratórios. A solução encontrada, desta vez no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, foi a utilização da taxa média aplicada no mercado financeiro que deu origem à Súmula 296, assim redigida:

"Súmula 296 -- Os juros remuneratórios, não cumuláveis com a comissão de permanência, são devidos no período de inadimplência, à taxa média de mercado estipulada pelo Banco Central do Brasil, limitada ao percentual contratado".

A aferição dessa taxa média somente foi possível em razão da Circular n. 2.957, de 30-12-1999, por intermédio da qual o Banco Central do Brasil – Bacen determinou que as instituições financeiras remetessem "informações sobre as taxas médias ponderadas, as taxas mínimas e máximas, o valor liberado na data-base, o saldo dos créditos concedidos, os respectivos níveis de atraso e os prazos médios" das operações de *hot money*, desconto de duplicatas, desconto de notas promissórias, capital de giro, conta garantida,

financiamento imobiliário, aquisição de bens, vendas, adiantamento sobre contratos de câmbio, *export notes*, repasses de empréstimos externos (em relação às pessoas jurídicas) e cheque especial, crédito pessoal, financiamento imobiliário, aquisição de veículos automotores e aquisição de outros bens (em relação às pessoas físicas). Tais índices foram compilados numa tabela que o Bacen denominou de Taxa de Juros das Operações Ativas.

Portanto, o que deve ser observado para se aferir a existência de cobrança abusiva de juros é o percentual a esse título pactuado entre as partes e o valor da taxa praticada no mercado na época da assinatura da avença, de modo que se o primeiro índice for superior ao segundo, a este último ficará limitada a cobrança. Em outras palavras, vale a taxa de juros remuneratórios pactuada desde que não seja superior à taxa média de mercado praticada à época da assinatura do contrato.

Entretanto, denota-se dos autos que a empresa embargante, por intermédio de ação de anulação de ato jurídico, visa à revisão das operações de crédito vinculadas à conta-corrente, no período compreendido entre 2-1-1995 e 30-9-1997, ou seja, anteriormente à época em que o Banco Central do Brasil passou a divulgar a tabela alusiva às taxas médias de juros praticadas pelo mercado (30-12-1999). Nesse contexto, a solução encontrada pela jurisprudência catarinense foi a de conferir validade à taxa de juros pactuada no instrumento contratual, independentemente do percentual aplicado pelo banco, dada a própria ausência de critérios objetivos a servir de parâmetro para aferição da eventual abusividade alegada pelo consumidor.

A propósito, já se decidiu:

"Juros remuneratórios – Contratos firmados até 31-12-98 – Manutenção da taxa de juros contratada – Ausência de dados objetivos para averiguação de eventual abusividade – Recurso provido.

"-- Nos contratos assinados até 31-12-98, deverá prevalecer a taxa de juros remuneratórios contratada, diante da falta de critérios objetivos para apuração da respectiva abusividade (Súmula 296 STJ)" (Ap. Cív. n. 2002.005660-5, de Imaruí, rel. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz, j. em 28-4-2005).

No mesmo sentido:

"Apelação cível. Revisional. Contrato bancário. Crédito fixo, rotativo e confissão. Juros remuneratórios. Limite. Taxa média de mercado. Ausência de pactuação. Incidência de juros legais. Pactos anteriores a 1999. Ausência de critérios definidores da abusividade. Taxa contratada. Manutenção. Juros. Pacto anterior à MP n. 2.170-36. Capitalização anual.

Permissivo legal. Possibilidade. Repetição de indébito. Admissibilidade. Sucumbência recíproca" (Ap. Cív. n. 2000.012169-0, de Chapecó, rel. Des. Salim Schead dos Santos, j. em 9-6-2005) (grifei).

Do mesmo relator destacam-se as Apelações Cíveis n. 2000.025125-9, de Criciúma; 2005.003564-2, de Tubarão e 2002.005236-1, de Sombrio.

Assim sendo, considerando os motivos antes mencionados, vale a taxa de juros fixada pela instituição financeira embargada às operações realizadas por contrato de crédito rotativo, anteriores à publicação da tabela do Banco Central, prevalecendo a taxa média fornecida pela autarquia às pactuações posteriores, mantendo-se, destarte, o fundamento esposado pelo aresto embargado.

2 -- Da comissão de permanência

No tocante a essa modalidade específica de encargo, a parte embargante visa à prevalência do voto divergente, para que seja vedada sua incidência nas pactuações entabuladas com a instituição financeira embargada, em específico nas operações atinentes aos contratos de financiamento sob a forma de borderô para descontos.

Impende salientar que referido encargo possui idêntica função à da correção monetária, destinando-se à atualização do valor da dívida a contar do seu vencimento, bem como a remuneração da instituição financeira pelo inadimplemento. É, portanto, encargo de mora e foi criado antes da correção monetária, havendo possibilidade de cobrança pro rata dia (Lei n. 4.595/64 e Resolução n. 1.129/86 do Bacen).

Por certo, com a entrada em vigor da Lei n. 6.899/81, por intermédio da qual se instituiu a correção monetária, a função atualizadora da comissão de permanência deixou de existir, inviabilizando a cumulação desses dois encargos à luz do que dispõe a Súmula 30 do Superior Tribunal de Justiça, *verbis*:

"Súmula 30 – A comissão de permanência e a correção monetária são inacumuláveis".

Outrossim, o item I da Resolução n. 1.129/86, editada pelo Banco Central do Brasil, 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 se verifica daí nenhuma potestatividade que justifique a exclusão da cobrança, uma vez 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.

Aludido fundamento serviu de base a reiterados julgados do Superior Tribunal de Justiça e eculminou com o verbete da Súmula 294 daquela Corte, redigido nos seguintes termos:

"Súmula 294 – 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".

É de salientar, entretanto, que a taxa média a ser adotada não pode ser superior à taxa de juros prevista no contrato. Nesse sentido:

"Ação de revisão. Embargos à execução. Contrato de abertura de crédito. Juros. Correção monetária. Capitalização. Comissão de permanência. Multa. Precedentes.

[...]

"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" (STJ, REsp. n. 271.214, do Rio Grande do Sul, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. em 12-3-2003).

Ou ainda:

"Recurso especial. Cédula de crédito bancário. Comissão de permanência.

"1. Na cédula de crédito bancário, regida atualmente pela Lei n. 10.931, de 2-8-04, que revogou a MP n. 2.160-25, de 23-8-01, está em vigor até a edição da referida lei por força do art. 2ª da Emenda Constitucional n. 32, de 11-9-01, é permitido o pacto e a conseqüente cobrança da comissão de permanência para o período da inadimplência, não cumulada com correção monetária, nem com os juros remuneratórios, calculada à taxa média dos juros de mercado apurada pelo Banco Central do Brasil, limitada, entretanto, à taxa pactuada no contrato (Súmula 254 da Corte).

"2. Recurso especial conhecido e provido" (REsp. n. 647.580, de São Paulo, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. em 14-2-04).

Destarte, inexistindo abusividade na cláusula contratual que prevê a cobrança de comissão de permanência à taxa de mercado da data do vencimento, impõe-se o desprovimento do recurso com relação a esse tópico.

3 -- Da repetição de indébito

Por derradeiro, cumpre averiguar a pertinência da tese perfilhada pela empresa embargante, quanto à possibilidade de restituição em dobro dos valores cobrados indevidamente

pela instituição financeira embargada, já que a maioria dos votos do aresto embargado decidiu pela repetição na sua forma simples.

Com efeito, em que pese o parágrafo único do artigo 42 do Código de Defesa do Consumidor autorizar a devolução da quantia cobrada indevidamente pela parte credora, no afã de vedar o enriquecimento sem causa, e ainda assim em dobro do seu montante, como forma de sanção à prática coibida pelo ordenamento jurídico pátrio, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça assentou a tese de que, nas hipóteses de revisão de contratos de natureza bancária, a repetição dos valores efetivar-se-á na forma simples.

A tese fundamenta-se na assertiva de que, para fazer jus à incidência do preceptivo legal supramencionado, far-se-ia imprescindível a prova acerca da má-fé da instituição financeira, o que não ocorre quando, na contenda judicial, atesta-se que a cobrança de taxas e encargos pelo banco deu-se em consonância às cláusulas previstas no contrato em discussão. Dessa forma, não haveria como aprovar a prévia ciência da instituição financeira acerca da abusividade dos encargos incidentes sobre o valor do contrato, por conta da própria instabilidade jurisprudencial a respeito do tema em discussão.

A propósito, vale trazer à baila o precedente do STJ:

"Esta Corte Superior já se posicionou na vertente de ser possível, tanto a compensação de créditos, quanto a devolução da quantia paga indevidamente, em obediência ao princípio que veda o enriquecimento ilícito, de sorte que as mesmas deverão ser operadas de forma simples -- e não em dobro --, ante a falta de comprovação da má-fé da instituição financeira. Precedentes (REsp. n. 401.589/RJ, AgRg no Ag n. 570.214/MG e REsp. n. 505.734/MA)" (AgRg no REsp. n. 733.279/RS, rel. Min. Jorge Scartezzini, j. em 9-3-2006).

Nesse sentido, colhe-se da jurisprudência pátria:

"Não há falar em devolução de indébito em dobro se verificado que os pagamentos foram feitos com base nas cláusulas pactuadas" (TJ/MG. Ap. Cív. n. 1.0702.03.102310-5/001, de Uberlândia, rela. Desa. Eulina do Carmo Almeida, j. em 15-9-2005).

Do acórdão supramencionado, transcreve-se o precedente da Corte:

'"Logo, não se configura a hipótese da repetição de indébito quando os pagamentos se realizam de forma voluntária, inexistindo erro, engano ou ameaça. Assim, inviável aquele pedido de repetição de indébito formulado pela apelante, já que, além de incomprovado o pagamento por erro, havia a própria obrigação de

pagar, diante do vínculo contratual livremente estabelecido entre as partes' (Ap. Cív. n. 372.508-6, rel. Des. Gouvêa Rios, j. 8-4-2003)".

No mesmo diapasão:

"Apelação cível. Consórcio. Ação revisional de contrato. Repetição do indébito em dobro. Incabimento. É incabível a repetição em dobro, eis que ausente prova de má-fé do demandado, ao cobrar os valores que entendia devidos, e que foram encontrados por força das cláusulas contratuais. Apelação desprovida" (TJRS. AC n. 70011981685, Rela. Desa. Lúcia de Castro Boller, j. em 30-3-2006).

E, ainda, do extinto Tribunal de Alçada do Paraná:

"Permite-se a repetição judicial dos valores pagos a maior, de forma simples, independentemente da prova do erro de que trata o art. 965 do Código Civil de 1916 (art. 877 do CC/02), em consonância com o que preceitua o CDC, porque a cobrança foi realizada com base em cláusulas contratuais que ainda não tinham sido invalidadas pelo Judiciário" (AC n. 0270577-1, rel. Juiz Paulo Cezar Bellio, j. em 23-5-2005).

Dessa forma, partindo da premissa de que a ilegalidade das cláusulas precede de pronunciamento judicial a respeito, não configurando, assim, a má-fé da instituição financeira embargante a ponto de autorizar a repetição em dobro dos valores, prevalece o posicionamento firmado pela maioria dos votos do aresto objurgado, mantendo-se a restituição da quantia cobrada a mais pelo banco, tão-somente na sua forma simples.

Logo, diante do quadro apresentado, nega-se provimento aos presentes embargos infringentes, para manter a decisão majoritária proferida no acórdão embargado, de se reputarem válidas a taxa de juros remuneratórios contratada, assim como a cobrança de comissão de permanência, permanecendo também a repetição dos valores cobrados a mais na sua forma simples.

Decisão

Nos termos do voto da Relatora, decide o Grupo de Câmaras, por maioria, negar provimento ao recurso. Vencidos os Exmos. Srs. Des. Alcides Aguiar, Edson Ubaldo e Paulo Roberto Camargo Costa.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Salim Schead dos Santos, Des. Subst. Ronaldo Moritz Martins da Silva, Jânio Machado e Marli Mosimann Vargas e, com votos vencidos, o Exmo. Sr. Des. Edson Ubaldo e o Exmo. Sr. Des. Subst. Paulo Roberto Camargo Costa.

Florianópolis, 12 de julho de 2006.

Alcides Aguiar,
Presidente, com voto vencido;
Salete Silva Sommariva,
Relatora.

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Edson Ubaldo

Em sessão de julgamento ocorrida no dia doze de julho de dois mil e seis, reuniu-se o Grupo de Câmaras de Direito Comercial para, sob a presidência do eminente Des. Alcides Aguiar, julgar, dentre outros processos, os Embargos Infringentes n. 2006.010406-9, da comarca de Tubarão, cuja relatora é a ilustre Desa. Salete Silva Sommariva. Por maioria de votos, negou-se provimento ao recurso, restando-me a declaração de voto no que tange à limitação dos juros remuneratórios e à comissão de permanência, temas sobre os quais, na época deste julgamento, fora vencido.

1 -- Dos juros remuneratórios constitucionais

A taxação de juros prevista no contrato *sub judice* é de 112,91% ao ano, devendo ser reduzida ao patamar constitucional estabelecido.

Esta espécie de juros – remuneratórios – é traduzida como remuneração de capital e tem características específicas de uma obrigação de dar *in pecunia*, não podendo se desligar das orientações de ordem pública nacional, visando a proteger a economia e o setor produtivo brasileiro, banindo seus excessos.

A reiterada imposição de teto máximo de 12% ao ano, prevista no artigo 192, § 3º, da CF/88 – pois sua existência no País é histórica (*vide* Decreto n. 22.626/33) –, refere-se a todos aqueles contratos que tenham sido firmados até 29-5-2003, quando suas disposições foram revogadas pela Emenda Constitucional n. 40.

Observa-se que o contrato em foco foi firmado em data anterior à Emenda referida e indubitavelmente deve-se aplicar o dispositivo constitucional acima ventilado, que consideramos auto-aplicável. E tendo o mesmo contrato pactuado de forma diversa, até mesmo majorada, vedada está sua aplicabilidade por ser abusiva e ilegal.

Mas ainda que se discuta sua auto-aplicabilidade, as taxas de juros reais, incluindo-se comissões e outras remunerações quaisquer vinculadas à concessão do crédito, não poderão exceder aos 12% (doze por cento) ao ano estabelecidos no Decreto n. 22.626/33. A Lei n. 4.595/64, que dispõe sobre as instituições financeiras, não dá ao Conselho Monetário o condão legislativo para dispor sobre a cobrança de juros.

Portanto, de uma forma ou de outra, seja pela Constituição Federal, ou pelo Decreto n. 22.626/33, a limitação dos juros é de 12% a.a., e devem ser consideradas abusivas as cláusulas contratuais que os superar.

2 -- Da comissão de permanência

A simples inclusão de cláusulas contratuais que preveêm a aplicação num mesmo contrato da comissão de permanência e da correção monetária não pode ser permitida. A cobrança da comissão de permanência se dá por imposição unilateral e de forma abusiva. A decretação de sua nulidade é impositiva.

A comissão de permanência foi concebida para evitar as lesões econômicas sofridas pelas instituições financeiras, neutralizando os efeitos da inflação. Contudo, a correção monetária a sobrepôs, não mais se justificando sua aplicação.

A sua aplicação não pode ser permitida em contrato que preveja a correção monetária nem mesmo no período de inadimplência do devedor. Enfatiza-se: a convivência conjunta de ambas redunda em enriquecimento ilícito e, dessa forma, não pode subsistir.

É o entendimento deste Tribunal de Justiça:

"Execução. Nota de crédito rural. Embargos. Acolhimento parcial. Código de Defesa do Consumidor. Incidência. Juros. Limitação não operada pela sentença. Taxa contratada inferior ao máximo previsto em lei. Capitalização de juros. Semestralização da respectiva periodicidade. Viabilidade. Solução adotada por maioria. Comissão de permanência. Erradicação. Multa moratória. Percentual reduzido. Sucumbência. Ônus acometidos apenas a credor. Hipótese, entretanto, de sucumbência recíproca. Apelo acolhido em parte.

[...]

"4. A legislação específica incidente nas cédulas e notas de crédito rural repele a aplicação, na hipótese de inadimplemento, de encargos outros que não os juros moratórios e a multa contratual. Pena de burla à restrição legal, não é admissível a contratação, em caso tal, da comissão de permanência. [...]" (Ap. Cív. n. 2005.014408-4, de Trombudo Central, rel. Des. Trindade dos Santos, julgado em 14-7-05).

Diante do exposto, firmei meu posicionamento.

Edson Ubaldo

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Alcides Aguiar

Ousei divergir da douta maioria, no tocante à limitação dos juros remuneratórios, bem como quanto à

impossibilidade da incidência da comissão de permanência, porquanto à época do julgamento o entendimento que vinha sendo sufragado na Terceira Câmara de Direito Comercial, ao qual me filiava, era o da subsistência da taxa de 12% ao ano, e da nulidade da cláusula que previa a comissão de permanência, ainda que não cumulada com outros encargos.

Relativamente à taxa de juros remuneratórios, esta deve obedecer o 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 Supremo Tribunal Federal, 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 Superior Tribunal de Justiça, 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 de 28-2-2005).

A Terceira Câmara de Direito Comercial deste Tribunal, porém, tem-se posicionado no 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.

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. em 18-11-2004).

A par disso, a Câmara também admite a aplicação da Lei de Usura -- Dec. 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 esse 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 da 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 Central 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).

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.

No tocante à exigência de comissão de permanência à taxa de mercado, tal encargo não é admitido, ainda que não cumulado com correção monetária.

Em que pese a redação da Súmula 294 do Superior Tribunal de Justiça ("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, já que deixada ao alvedrio das instituições financeiras, colocando o consumidor em desvantagem exacerbada, com verdadeira afronta ao art. 51, IV, do CDC, motivo pelo qual veda-se a sua utilização.

Ademais, a comissão de permanência possui função idêntica à da correção monetária, qual seja, preservar o poder aquisitivo da moeda.

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 da Apelação Cível n. 1998.004380-8, de Maravilha, rel. Des. Fernando Carioni:

[...]

"Impõe-se considerar que a comissão de permanência afronta o artigo 115 do CC/16, quando convencionada à mesma taxa do contrato ou aplicada àquela de mercado, posto que esta última, por ser um percentual oscilante, sujeita o devedor ao arbítrio do estabelecimento de crédito, que fixa valores com base em informações de mercado, de difícil acesso ao consumidor, além de que, para ambos os casos, o Código Consumerista, em seu artigo 51, incisos IV e X, taxa como nulas as cláusulas que 'estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada ou sejam incompatíveis

com a boa-fé ou a eqüidade' e que 'permitem ao fornecedor, direta ou indiretamente, impor variações do preço de maneira unilateral' [...]".

Dessa maneira, por ser considerada abusiva e potestativa a exigência da comissão de permanência à taxa média de mercado, tal encargo deve ser substituído pelo INPC-IBGE.

Por essas razões, voto para dar parcial provimento ao recurso.

Alcides Aguiar

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

APELAÇÕES CÍVEIS

APELAÇÃO CÍVEL N. 2000.011917-2, DE BLUMENAU

Relator: Des. Subst. Jânio Machado

Apelação cível. Ação cautelar. Arresto. Presença dos requisitos do art. 814 do CPC. Prova literal da dívida líquida e certa. Nota promissória. Fundado receio de alienação do único bem, que é um automóvel. Oferta de caução real. Dispensa pelo juiz, que se limitou a determinar a anotação no órgão de trânsito e depositou o bem em mãos da devedora. Poder discricionário do juiz. Julgamento antecipado da lide. Cerceamento de defesa inocorrente. Capacidade financeira. Inviabilidade da prova testemunhal (art. 401 do CPC, art. 141 do Código Civil de 1916 e art. 227 do Código Civil de 2002). Liminar de arresto concedida há mais de sete anos. Execução em tramitação. Princípio da instrumentalidade a reforçar a necessidade da providência extrema.

Em sendo sério o receio de que o único bem da devedora possa ser alienado, frustrando a execução, admite-se o arresto independentemente da ouvida da parte contrária ou mesmo realização da audiência de justificação prévia. Ademais, transcorridos mais de sete anos desde a concessão da liminar de arresto, e estando o processo de

execução desde então em trâmite, razão alguma justificaria a revogação da medida extrema.

Não há cerceamento de defesa em face do julgamento antecipado da lide se a prova testemunhal almejada seria incapaz de desconstituir os fundamentos da decisão judicial, notadamente se a dívida reclamada ultrapassa o décuplo do salário mínimo.

Processual civil. Sucumbência. Honorários advocatícios. Medida cautelar preparatória. Ausência de condenação. Arbitramento por eqüidade. Critérios. Art. 20, §§ 3º e 4º, do CPC.

Nas ações cautelares preparatórias, os honorários advocatícios serão arbitrados em conformidade com a eqüidade, levando-se em consideração, dentre outros fatores, a importância da causa, o trabalho desenvolvido pelo profissional e o tempo de realização dos serviços. E não se mostra necessária a redução da verba que representou, na época, o equivalente a 5% (cinco por cento) do valor reclamado na execução.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2000.011917-2, da comarca de Blumenau (4ª Vara Cível), em que é apelante Maria Dolores Hetterich e apelada Campestrini Têxtil Ltda.:

ACORDAM, em Primeira Câmara de Direito Comercial, por unanimidade, conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

Custas na forma da lei.

Relatório

Campestrini Têxtil Ltda. ajuizou ação cautelar de arresto contra Maria Dolores Hetterich ao argumento de que forneceu mercadorias à empresa Aetto Indústria e Comércio de Malhas Ltda. por intermédio de contrato particular de crédito com garantia de nota promissória, no valor de R$ 37.000,00 (trinta e sete mil reais), com vencimento para 28-10-97. Alegou ter emitido várias duplicatas referentes às vendas, as quais, por

não terem sido pagas no vencimento, foram protestadas, totalizando o valor de R$ 61.966,00 (sessenta e um mil, novecentos e sessenta e seis reais). Recebeu em garantia da dívida uma nota promissória avalizada pela requerida, cujo valor representa o limite de sua obrigação por ser terceiro garantidor. Assegurou que a fumaça do bom direito estaria representada na prova literal da dívida líquida e certa, que demonstra a flagrante violação do seu direito, enquanto que o perigo da demora residiria na possível insolvência da requerida e prática de fraude a credores.

A liminar foi deferida (fl. 69) e cumprida (fl. 76). A requerida apresentou contestação alegando ausência de prova de sua insolvência, e diz que é pessoa de conduta irretocável, que sempre honrou seus débitos (quando legítimos), não havendo justificativa para o deferimento da medida extrema de arresto de seus bens, e, quanto ao débito, reserva-se o direito de combatê-lo na ação principal, oportunidade em que demonstrará não ser devedora da quantia cobrada (fls. 79 a 81). Após a impugnação (fls. 84 a 86), o digno Magistrado julgou procedente o pedido para o fim de converter o arresto em penhora (fls. 87 a 89). Irresignada, a requerida interpôs recurso de apelação argüindo, em preliminar, cerceamento de defesa (pretendia provar, por testemunhas, que possuía capacidade econômica); no mérito, alegou a inexistência de prova para o deferimento da medida e que a decisão não poderia basear-se na certidão do meirinho, pois este não a procurou nem a questionou a respeito da existência de bens penhoráveis; e, por último, requereu a redução dos honorários advocatícios.

Voto

Afasta-se, de pronto, a preliminar de cerceamento de defesa pelo julgamento antecipado da lide.

A apelante afirmou ser pessoa de conduta irretocável e que não existem evidências da sua insolvência ou da intenção de fraudar credores. Mas nenhum documento exibiu para corroborar suas assertivas. A capacidade financeira é demonstrada por documentos (folha de pagamento, certidões imobiliárias, investimentos bancários, poupança), e não por testemunhas. É que a prova exclusivamente testemunhal só é admitida nos contratos cujo valor não exceda o décuplo do maior salário mínimo (art. 401 do CPC). Admite-se, no entanto, como complementação, se existente a documental (art. 402 do CPC). Então, o depoimento de testemunhas seria de pouca ou nenhuma valia, pois, como já dito, a capacidade econômica é provada por documentos.

Nem custa lembrar que o exame da suficiência do caderno

probatório e a prescindibilidade da produção de outras provas pertencem à esfera discricionária do magistrado, na formação de seu livre convencimento motivado, o que vem sendo, reiteradamente, decidido por esta Corte de Justiça:

"[...] Nada obsta que o juiz, entendendo que o processo já se encontra devidamente instruído, de modo a possibilitar a correta prestação jurisdicional, dispense a produção de provas e proceda ao julgamento antecipado da lide" (Ap. Cív. n. 2001.009917-9, de Xanxerê, Segunda Câmara de Direito Público, rel. Des. Luiz Cézar Medeiros, j. em 21-12-2004. Disponível em: <http://www.tj.sc.gov.br>. Acesso em: 26 abr. 2006).

Dessa forma, a pretendida prova testemunhal, por si só, não teria o condão de modificar o rumo do julgamento. Nesse sentido, adaptando-se o necessário, transcreve-se o seguinte julgado desta Corte:

"Apelação cível. Ação cautelar de arresto – Preliminar – Cerceamento de defesa – Interesse no depoimento do devedor – Prova oral insuficiente ao reconhecimento do pleito – Ingresso na fase instrutória desnecessário.

"Destituída de prova documental hábil ao êxito da *actio*, tal como a existência do bem a ser arrestado, a decisão que julga antecipadamente a lide, rejeitando o pedido de coleta de depoimento do devedor, não importa em prejuízo processual, uma vez não vislumbrada sua relevância ao julgamento do feito" (Ap. Cív. n. 2002.009220-2, de Taió, Terceira Câmara de Direito Civil, rel. Wilson Nascimento, j. em 13-8-2004. Disponível em: http://www.tj.sc.gor.br>. Acesso em: 15 jun. 2006).

A cautelar proposta é preparatória, o que foi desde logo afirmado pela requerente (fl. 5). O pedido teve como fundamento justificador a alínea *b* do inciso II do art. 813 do CPC:

"Art. 813. O arresto tem lugar:

"I -- [...]

"II -- quando o devedor, que tem domicílio:

[...]

"b) caindo em insolvência, aliena ou tenta alienar bens que possui; [...] ou comete outro qualquer artifício fraudulento, a fim de frustrar a execução ou lesar credores".

E, para a concessão do arresto, o art. 814 do CPC exige:

"I – prova literal da dívida líquida e certa;

"II – prova documental ou justificação de algum dos casos mencionados no artigo antecedente".

Infere-se dos dispositivos transcritos que, para o deferimento da medida, é necessária a comprovação da dívida líquida e certa e uma das situações previstas do art. 813 do CPC.

No presente caso, o documento tido como representativo da dívida líquida e certa, e que suportaria a ação principal, é uma nota promissória revestida dos requisitos legais, nenhum vício externo apresentando.

A apelante foi notificada extrajudicialmente para o pagamento da dívida (fl.60). Um único bem foi encontrado e ele é do tipo facilmente comercializável (veículo), o que frustraria a execução. Ademais, o Magistrado sentenciante, ao tratar da capacidade financeira da apelante, assim anotou:

"Verifica-se que a R. afirma não estar insolvente, no entanto, não faz nenhuma prova de sua capacidade financeira para saldar a dívida existente.

"Nos autos de execução, extrai-se da certidão do Oficial de Justiça à fl. 16 que a penhora não foi realizada em virtude de 'não ter localizado bens em seu nome', daí presumindo-se a sua incapacidade financeira ou no mínimo a não detenção de bens que possam garantir o débito" (fl. 88).

Recorde-se, ainda, que o art. 816 do CPC autoriza o magistrado a conceder o arresto independentemente de justificação prévia quando o credor prestar caução. No caso, o credor, de pronto, ofertou caução real (fl. 4). O Magistrado é que, fazendo uso de seu poder discricionário, dispensou-a, admitindo que a devedora permanecesse como depositária do bem arrestado, entendendo suficiente a anotação no órgão de trânsito (fl. 70).

A liminar de arresto foi deferida em 17-8-98, ou seja, há mais de sete anos. E a correspondente ação de execução foi distribuída em 28-8-98, servindo a providência aqui determinada como apoio aos atos processuais lá realizados. Vale dizer: a constrição aqui determinada repercutiu na ação principal, possibilitando a segurança do juízo e, quiçá, eventual interposição de embargos, momento próprio para a discussão acerca da dívida exigida. Então, sob um prisma estritamente pragmático, impõe-se a manutenção da decisão combatida, o que se faz em homenagem ao princípio da instrumentalidade processual.

A apelante pleiteia a redução dos honorários de sucumbência, ao argumento de que aqueles arbitrados, R$ 1.850,00 (mil oitocentos e cinqüenta reais), seriam excessivos e incompatíveis com o trabalho realizado. Sabe-se que o ônus da sucumbência surge da necessidade de se recompor o patrimônio do liti-

gante vencedor. A verba honorária deve levar em conta o trabalho realizado pelo advogado, a importância da causa e o tempo exigido para o seu serviço (§ 3º, art. 20, CPC). Na hipótese, o Magistrado levou em conta o disposto no art. 20, § 4º, do CPC, não se vislumbrando excesso na fixação, sabido que nas ações de procedimento cautelar preparatório inexiste o provimento condenatório. Prevalece, então, o arbitramento por eqüidade (dentre outros: Ap. Cív. n. 2000.016560-3, de Joinville, Segunda Câmara de Direito Comercial, rela. Desa. Maria do Rocio Luz Santa Ritta, j. em 8-5-2003. Disponível em: <http://www.tj.sc.gov.br>. Acesso em: 15 jun. 2006). À causa atribuiu-se, em agosto de 1998, o valor de R$ 37.000,00 (trinta e sete mil reais), que corresponde ao montante garantido pela devedora. O valor arbitrado equivaleu, à época, a 5%. Assim, apresenta-se correta a imposição do valor de R$ 1.850,00 (mil oitocentos e cinqüenta reais), incumbindo à apelante o seu pagamento, além das custas processuais.

Decisão

Ante o exposto, a Primeira Câmara de Direito Comercial, por unanimidade, conhece do recurso e nega-lhe provimento.

Participou do julgamento o Exmo. Sr. Des. Subst. Tulio Pinheiro.

Florianópolis, 22 de junho de 2006.

Ricardo Fontes,
Presidente, com voto;
Jânio Machado,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 2003.001795-0, DE LAGES

Relator: Des. Subst. Jânio Machado

Apelação cível. Duplicata de prestação de serviço. Boleto bancário. Ausência de título cambial. Nulidade da execução. Art. 618, inciso I, do CPC.

A nota fiscal fatura de serviços, mesmo que acompanhada de autorização subscrita pelo pretenso devedor

e do respectivo instrumento de protesto, não é título hábil a suportar uma ação de execução.

Boleto bancário não é título cambial nem título executivo extrajudicial. Logo, nula é a execução sustentada por ele.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2003.001795-0, da comarca de Lages (1ª Vara Cível), em que é apelante Televisão Joaçaba Ltda. e apelada Serratur Empreendimentos e Promoções Turísticas S.A.:

ACORDAM, em Primeira Câmara de Direito Comercial, por unanimidade, negar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

Relatório

Serratur Empreendimentos e Promoções Turísticas S.A. interpôs embargos à execução aforada por Televisão Joaçaba Ltda. alegando, em suma, a ausência de demonstrativo do débito atualizado e de título executivo (as duplicatas de prestação de serviços não estão aceitas e inexiste demonstração de autorização do serviço prestado), além da quitação de parte do débito (há excesso de execução). A impugnação foi apresentada (fls. 17 a 23), sobrevindo a sentença de fls. 33 a 35, que julgou procedentes os embargos em face da ausência de título executivo extrajudicial (simples boletos bancários) e condenou a embargada no pagamento das custas processuais e verba honorária arbitrada em 10% sobre o valor da causa. Irresignada, a embargada interpôs recurso de apelação, alegando cerceamento de defesa (pretendia produzir prova testemunhal) e regularidade dos títulos exeqüendos (fls. 39 a 45). As contrarazões foram apresentadas (fls. 52 a 56), vindo os autos a esta Corte.

Voto

A apelante ajuizou ação de execução, dizendo-se credora de importâncias referentes a prestações de serviços. Juntou: 1) a nota fiscal fatura de serviços n. 014141 (fl. 13), no valor de R$ 3.000,00 (três mil reais), vencida em 15-7-1997, que se fez acompanhar de autorização de serviço, ordem de protesto (emitida pelo estabelecimento bancário) e instrumento de protesto por falta de aceite e pagamento (fls. 14 a 16);

2) a nota fiscal fatura de serviços n. 016212 (fl. 18), no valor de R$ 8.000,00 (oito mil reais), com discriminação de vencimentos para 15-6-1998, 30-6-1998 e 15-7-1998, nos valores de R$ 3.000,00 (três mil reais), R$ 2.000,00 (dois mil reais) e R$ 3.000,00 (três mil reais), respectivamente, acompanhada da autorização de serviços (fl. 17), boletos bancários (fls. 19, 21 e 23) e instrumentos de protestos por indicação/falta de aceite e pagamento (fls. 20, 22 e 24). A inicial fez-se acompanhar, ainda, de comprovantes de exibição das veiculações, com datas e horários das inserções dos anúncios levados a efeito pela exeqüente.

Os embargos enfatizaram a inexistência de demonstração da prestação dos serviços, pois ausente "a declaração de que foram executados os serviços contratados", não existindo assinatura da embargante nas respectivas notas fiscais fatura de serviços.

A duplicata de prestação de serviço não aceita poderá suportar uma ação de execução desde que atendidos os requisitos da Lei n. 5.474/68:

"Art. 7º A duplicata, quando não for à vista, deverá ser devolvida pelo comprador ao apresentante dentro do prazo de 10 (dez) dias, contados da data de sua apresentação, devidamente assinada ou acompanhada de declaração, por escrito, contendo as razões da falta do aceite.

[...]

"Art. 8º O comprador só poderá deixar de aceitar a duplicata por motivo de:

"I — avaria ou não-recebimento das mercadorias, quando não expedidas ou não entregues por sua conta e risco;

"II — vícios, defeitos e diferenças na qualidade ou na quantidade das mercadorias, devidamente comprovados;

"III — divergência nos prazos ou nos preços ajustados.

[...]

"Art. 15. A cobrança judicial de duplicata ou triplicata será efetuada de conformidade com o processo aplicável aos títulos executivos extrajudiciais, de que cogita o Livro II do Código de Processo Civil, quando se tratar:

"I – de duplicata ou triplicata aceita, protestada ou não;

"II – de duplicata ou triplicata não aceita, contanto que, cumulativamente:

"a) haja sido protestada;

"b) esteja acompanhada de documento hábil comprobatório da entrega e recebimento da mercadoria; e

"c) o sacado não tenha, comprovadamente, recusado o aceite, no prazo, nas condições e pelos motivos previstos nos arts. 7º e 8º desta Lei".

A apelante não exibiu o título cambial, a tanto não podendo ser equiparado um singelo boleto bancário. Tampouco se poderá atribuir a uma nota fiscal fatura de serviços a mesma força que a lei dá à duplicata de prestação de serviços. As questões relacionadas a títulos de crédito revestem-se de caráter formal, que não pode ser ignorado pelo operador do Direito, em face das conseqüências advindas da criação de uma duplicata, notadamente quando inexistir o aceite do indigitado devedor.

Acerca da força ostentada por boletos bancários, tem-se que:

"Os boletos bancários não são títulos de crédito e não podem, portanto, serem protestados. Trata-se de documento produzido unilateralmente, podendo ser conceituado como atípico, por não possuir os requisitos que a lei exige para a caracterização de um título de crédito. O art. 1º da Lei n. 9.492/97, é claro no sentido de que o protesto deve referir-se a um título ou documentos de dívida, o que não se vislumbra no boleto" (Parizatto, João Roberto. Títulos de crédito. 2. ed. São Paulo: Editora Parizatto, 2005. p. 162).

No mesmo sentido:

"Os boletos são papéis legalmente atípicos, por não trazerem em seu bojo os mais elementares requisitos estabelecidos no ordenamento jurídico aos títulos de crédito" (Darold, Ermínio Amarildo. Protesto cambial: duplicatas x boletos. Curitiba: Juruá, 1998. p. 37).

Admite-se, excepcionalmente, o protesto de boleto bancário, desde que preenchidas as condições previstas no art. 21, § 3º, da Lei n. 9.492/97:

"Art. 21 O protesto será tirado por falta de pagamento, de aceite ou de devolução.

[...]

"§ 3º Quando o sacado retiver a letra de câmbio ou a duplicata enviada para aceite e não proceder à devolução dentro do prazo legal, o protesto poderá ser baseado na segunda via da letra de câmbio ou nas indicações da duplicata, que se limitarão a conter os mesmos requisitos lançados pelo sacador ao tempo da emissão da duplicata, vedada a exigência de qualquer formalidade não prevista na lei que regula a emissão e circulação das duplicatas".

O Provimento n. 33/98 da Corregedoria-Geral da Justiça enfrentou o tema, admitindo o protesto de boleto nos casos de retenção do título pelo devedor:

"Considerando a possibilidade de protesto por indicação das Duplicatas Mercantis e de Prestação de Serviços por meio magnético ou gravação eletrônica de dados (art. 8°, parágrafo único, da Lei n. 9.492, de 10-9-97), que na prática significa a remessa de bloquete bancário ao Delegado dos Serviços Notariais de Protesto de Títulos, em virtude do pressuposto da retenção daqueles enviados para aceite".

No presente caso, não há nos autos comprovação, por aviso de recebimento (AR) ou qualquer outro documento, da remessa do título original ao devedor, tampouco da indevida retenção.

Sobre o tema, ensina Wille Duarte Costa:

"Então, o protesto por simples indicações só poderá ocorrer havendo comprovada retenção da duplicata que foi enviada ao comprador para aceite e que não foi devolvida. Por isso, o remetente tem de possuir o comprovante de entrega da duplicata, sem o que não há como falar em retenção. Se esta prova (da remessa) não ocorrer, o protesto é irregular, não podendo produzir os efeitos pretendidos, devendo o Tabelião responder por perdas e danos que ele e seus prepostos causarem a terceiros na prática dos atos da serventia (art. 22 da Lei n. 8.935, de 18-11-1994)" (Títulos de crédito. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 235).

Nesse sentido, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

"[...] II -- A retenção da duplicata remetida para aceite é condição para o protesto por indicação, inadmissível o protesto de boletos bancários. Recurso não conhecido" (Recurso Especial n. 369.808, Terceira Turma, rel. Ministro Castro Filho, j. em 21-5-2002. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>. Acesso em: 14 fev. 2006).

É o entendimento deste Tribunal:

"Apelação cível -- Declaratória -- Duplicata mercantil não aceita e não devolvida pelo sacado -- Ausência de comprovante da remessa da cártula ao devedor para aceite -- Boleto bancário -- Documento inábil a demonstrar o lançamento da cártula -- Apontamento a protesto irregular configurado.

"É assente na jurisprudência a impossibilidade do protesto de boleto bancário, por não se constituir título de crédito, podendo ocorrer somente no caso de protesto por indicação, nos termos dos artigos 13, § 1º, da Lei n. 5.474/68, e 21, § 3º, da Lei n. 9.492/97, desde que devidamente comprovado que a duplicata foi enviada ao sacado para aceite e este não a devolveu no prazo legal. O protesto por indicação constitui medida excepcional, porquanto dispensa a apresentação do original do título

de crédito. Porém, a regularidade do ato notarial condiciona-se à prévia comprovação de que o credor efetivamente procedeu à remessa da duplicata ao sacado e que este não a devolveu nas circunstâncias previstas no artigo 7º da Lei de Duplicatas, cuja eventual omissão acarreta na anormalidade do protesto por indicação, mormente quando presentes nos autos fortes indícios de que o protesto efetivou-se com base nos dados constantes em borderô de cobrança elaborado por instituição financeira mandatária" (Ap. Cív. n. 2004.012318-3, de Itajaí, Primeira Câmara de Direito Comercial, rela. Desa. Salete Silva Sommariva, j. em 6-10-2005. Disponível em: <http://www.tj.sc.gov.br>. Acesso em: 14 fev. 2006).

"Apelação cível. Declaratória. Boleto bancário. Protesto. Cancelamento. Possibilidade.

"Inexistindo a comprovação da remessa e posterior retenção do título pelo sacado, não há proceder ao protesto, por indicação, nos moldes do art. 21, § 3º, da Lei n. 9.492/97" (Ap. Cív. n. 2000.022415-4, de Brusque, Primeira Câmara de Direito Comercial, rel. Des. Salim Schead dos Santos, j. em 10-3-2005. Disponível em: <http://www.tj.sc.gov.br>. Acesso em: 14 fev. 2006).

"Apelação cível – Ação declaratória de nulidade do apontamento de título a protesto – Medida cautelar de sustação de protesto – Boleto bancário – Não-caracterização como título de crédito – Protesto por indicação – Ausência do pressuposto de retenção do título pelo sacado, quando do encaminhamento para aceite – Ausência de produção de provas por parte da autora – Hipótese que não se verifica – Recurso desprovido.

"Uma vez não comprovada a retenção da duplicata pelo sacado quando do envio do título para aceite, impossível é o encaminhamento a protesto de boleto bancário" (Ap. Cív. n. 2001.008506-2, de Brusque, Primeira Câmara de Direito Comercial, rel. Des. Ricardo Fontes, j. em 4-8-2005. Disponível em: <http://www.tj.sc.gov.br>. Acesso em: 14 fev. 2006).

A ausência do título executivo não poderia ser suprida pela produção da prova testemunhal, o que afasta a alegação de cerceamento de defesa. Com a petição inicial da ação de execução deve vir o título cambial (art. 614, inciso I, do CPC), sob pena de ser considerada nula a execução (art. 618, inciso I, do CPC).

A ausência de título cambial (a nota fiscal fatura de serviços não ostenta tal qualidade) afasta a possibilidade de prosseguimento da ação de execução, que deveria ter sido extinta, como de fato o fez o ínclito magistrado Flávio Brum, decisão que é mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos, ressalvando-

se à interessada a busca de eventual crédito, agora pela via da cognição plena.

Decisão

Ante o exposto, a Primeira Câmara de Direito Comercial, por unanimidade, nega provimento ao recurso.

Participou do julgamento o Exmo. Sr. Des. Salim Schead dos Santos.

Florianópolis, 16 de fevereiro de 2006.

Salete Silva Sommariva,
Presidente, com voto;
Jânio Machado,
Relator.

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

AGRAVO DE INSTRUMENTO

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 2005.040958-8, DE CHAPECÓ

Relator: Des. Edson Ubaldo

Agravo de instrumento – Execução – Nota promissória – Exceção de impenhorabilidade – Pedido recursal para reforma da decisão que manteve a penhora do boxe de garagem – Lei n. 8.009/90 – Recurso provido.

A garagem de apartamento residencial, mesmo que possua matrícula própria no Registro de Imóveis, está sob a proteção da Lei n. 8.009/90 e não pode ser penhorada.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 2005.040958-8, da comarca de Chapecó (1ª Vara Cível), em que é agravante Milton Sander e agravada Irmãos De Marco S. A. -- Comércio de Veículos e Peças:

ACORDAM, em Segunda Câmara de Direito Comercial, por maioria de votos, conhecer do recurso e dar-lhe provimento para afastar a penhora incidente sobre o boxe de garagem. Vencido o Exmo. Sr. Des. Trindade dos Santos.

Custas na forma da lei.

Relatório

Irmãos De Marco S. A. – Comércio de Veículos e Peças executou a nota promissória, emitida por Milton Sander, no valor de R$ 40.480,00 (quarenta mil quatrocentos e oitenta reais) (fls. 17 a 19).

Na Execução n. 018.00.003485-9, foram penhorados bens destinados ao exercício da advocacia (fl. 27) e, em atendimento ao pedido de reforço (fls. 28 e 29), o boxe de garagem n. 3 no Edifício Leopoldo Sander (fl. 33).

Em contraposição às constrições, o executado ingressou com exceção de impenhorabilidade, alegando ser impenhoráveis o boxe de garagem e os bens úteis ao exercício da advocacia. Postulou fossem referidos bens afastados da constrição.

Ao decidir o incidente, o douto Juiz Substituto Dr. Christian Dalla Rosa declarou ineficaz a penhora dos bens úteis ao exercício da profissão do executado, manteve a penhora do boxe de garagem, indeferiu a aplicação das sanções previstas aos litigantes de má-fé e determinou o prosseguimento da praça (fls. 36 a 39).

Inconformado, o executado interpôs o presente agravo de instrumento com o pedido de liminar para suspensão dos leilões designados e reforma da decisão com o reconhecimento da impenhorabilidade do boxe de garagem (fls. 2 a 15). Juntou documentos (fls. 16 a 45).

No despacho de admissibilidade do recurso, o eminente Des. Victor Ferreira negou a antecipação da tutela recursal e determinou a intimação do agravado (fls. 49 e 50).

Não foram apresentadas as contra-razões (fl. 53).

Voto

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Milton Sander contra a decisão interlocutória (fls. 36 a 39) que, na Execução n. 018.00.003485-9 da nota promissória no valor de R$ 40.480,00 (quarenta mil quatrocentos e oitenta reais) (fl. 22) promovida por Irmãos De Marco S. A. -- Comércio de Veículos e Peças, manteve a penhora do boxe de garagem com Matrícula n. 50.165 no Registro de Imóveis de Chapecó (fl. 30), de propriedade do agravado.

De início, cumpre ressaltar que o boxe de garagem objeto da constrição foi construído no mesmo prédio do apartamento residencial de propriedade do agravado, e referida vaga serve de estacionamento para o veículo do condômino.

O fundamento da decisão agravada restringe-se ao fato de a vaga de garagem ter matrícula própria no Registro de Imóveis e cons-

tituir, portanto, unidade autônoma em relação ao apartamento em que reside o recorrente.

Em que pese o respeitável entendimento apresentado pelo douto Magistrado *a quo*, esta relatoria diverge do posicionamento adotado na decisão.

A vaga de garagem deve receber o mesmo tratamento do respectivo apartamento em condomínio vertical, quando este servir de moradia à família. Sendo assim, nos termos da Lei n. 8.009/90, o apartamento e a respectiva vaga de garagem são impenhoráveis.

"Art. 1º O imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas nesta Lei.

"Parágrafo único. A impenhorabilidade compreende o imóvel sobre o qual se assentam a construção, as plantações, as benfeitorias de qualquer natureza e todos os equipamentos, inclusive os de uso profissional, ou móveis que guarnecem a casa, desde que quitados".

O colendo Superior Tribunal de Justiça, em julgamento recente, apresentou o seguinte entendimento:

"Processo civil -- Recurso especial em autos de agravo de instrumento -- Retenção legal -- Afastamento -- Processo executivo -- Infringência aos arts. 183 e 473 do CPC -- Ausência de prequestionamento -- Súmula 356/STF -- Divergência entre julgados do mesmo Tribunal -- Súmula 13/STJ -- Execução -- Penhora incidente sobre vagas de garagem em condomínio vertical -- Impossibilidade, por integrarem o bem de família.

"1 -- Cuidando-se de recurso especial proveniente de decisão interlocutória proferida no curso de execução de título judicial, configura-se indevida a respectiva retenção, porquanto não caracterizadas as hipóteses taxativas do art. 542, § 3º, do CPC (cf. REsp. n. 598.111/AM, rel. Min. José Delgado, DJ de 21-6-2004, MC n. 4.807/SP, rel. Min. Luiz Fux, DJ de 3-11-2003).

"2 -- Não enseja interposição de recurso especial matérias (arts. 183 e 473 do CPC) não ventiladas no julgado atacado (Súmula 356/STF) nem divergência entre julgados do mesmo Tribunal Estadual (Súmula 13/STJ).

"3 -- É certo que esta Corte firmou entendimento no sentido da possibilidade de se penhorar vagas de garagem em condomínio vertical, com matrícula e registro próprios, distintos do apartamento em que reside o devedor e sua família, não

integrando essas vagas o bem de família (cf. REsp. n. 582.044/RS, rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, DJ de 29-3-2004; REsp. n. 541.696/SP, rel. Min. César Asfor Rocha, DJ de 28-10-2003; REsp. n. 316.686/SP, rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ de 29-3-2004; REsp. n. 311.408/SC, rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, DJ de 1º-10-2001). No entanto, tratando-se de vagas de garagem em condomínio vertical e sendo considerado bem de família o apartamento a elas vinculado, deve-se interpretar o art. 1º da Lei n. 8.009/90 com a legislação relativa ao condomínio em edificações e às incorporações imobiliárias, a saber, Lei n. 4.591/64, cujo art. 2º, §§ 1º e 2º, com a redação dada pela Lei n. 4.864/65, é expresso ao vedar a transferência do direito à guarda de veículos nas garagens a pessoas estranhas ao condomínio. Assim, as vagas de garagem integram o apartamento (bem de família), estando, portanto, protegidas pelo disposto na Lei n. 8.009/90, ou seja, são impenhoráveis, ainda que possuam registros próprios e individualizados no Registro de Imóveis, com matrículas próprias (cf. REsp. n. 595.099/RS, rel. Ministro Franciulli Netto, DJ de 16-8-2004).

"4 -- Recurso parcialmente conhecido e, nesta parte, provido, para afastar a penhora incidente sobre as vagas de garagem" (REsp. n. 776.611/SP, de 12-12-2005, Quarta Turma; rel. Min. Jorge Scartezzini) (destaque do Relator).

Com efeito, a análise do presente caso deve ser realizada de forma a contemplar, até mesmo, a legislação atinente às relações condominiais. Por certo, os motivos que impulsionaram o incorporador a separar, no Registro de Imóveis, a matrícula da vaga de garagem daquela relativa ao apartamento, ambos ocupados pelo mesmo condômino, não podem servir de empecilho à aplicação de legislação que salvaguarda interesse maior do cidadão: o direito à habitação.

Nessa direção já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

"Execução fiscal -- Vaga de garagem de apartamento -- Penhora -- Bem de família -- Impenhorabilidade -- Pretendida reforma -- Recurso especial conhecido, mas improvido.

"-- É comezinho que o Superior Tribunal de Justiça, guardião do direito federal, ao examinar a correta aplicação de uma legislação, não deve fazê-lo de modo a desprezar as demais normas que regem a matéria. Assim, é de rigor cotejar o disposto na Lei n. 8.009/90 com os ditames que regulam o condomínio em edificações e as incorporações imobiliárias (Lei n. 4.591, de 16-12-64). Esse mandamento legal, com a redação dada pela Lei n. 4.864, de 29-11-65, prevê que o direito de guarda de veículos nas vagas de garagem 'poderá ser transferido a outro condômino, independentemente da alienação da

unidade a que corresponder, vedada sua transferência a pessoas estranhas ao condomínio' (§ 2º).

"-- A exigência, inserida na Lei de Condomínio, veio a lume para conter abusos por parte de alguns incorporadores que alienavam unidade residencial com direito à garagem e depois esta não era encontrada no solo. A matrícula imobiliária das vagas, distinta da do apartamento, tutela com mais eficácia o interesse dos condôminos.

"-- Mas, porém, na prática, a autonomia conferida pela norma legal não corresponde à autonomia orgânica.

"-- A respeito do tema em comento, já se posicionou o douto Ministro Carlos Alberto Menezes Direito no sentido de que 'há um elemento indispensável para manter a garagem, no caso, sob o regime tutelar do bem de família que é a impossibilidade de negócio em separado'.

"Em outro passo, adverte o ilustre Magistrado que, "em muitos condomínios é vedada a utilização da garagem por quem não é condômino, com o que sequer é possível o aluguel da mesma para pessoa estranha ao condomínio. Sem dúvida, em se tratando de imóvel residencial, a garagem adere ao principal, não sendo, a meu sentir, possível apartá-la para efeito da incidência da Lei n. 8.009/90' (cf. REsp. n. 222.012/SP, DJ de 24-4-2000).

"-- Não custa lembrar que os titulares de bem de família, na propriedade horizontal, acabariam por ter tratamento diferenciado para pior em relação aos de imóveis não-condominiais.

"-- Recurso especial conhecido, mas improvido" (REsp. n. 595.099/RS; j. em 15-4-2004; Segunda Turma; rel. Min. Franciulli Netto).

Nesse passo, a vaga de garagem, como acessório, merece o mesmo tratamento dispensado ao principal, o apartamento residencial. Portanto, sendo o apartamento bem de família, nos termos do artigo 1º da Lei n. 8.009/90, o acessório possui a mesma proteção de impenhorabilidade.

Ante o exposto, nosso voto é para de conhecer do recurso e dar-lhe provimento para afastar a penhora incidente sobre o boxe de garagem.

Decisão

Nos termos do voto do Relator, a Segunda Câmara de Direito Comercial decidiu, por maioria de votos, conhecer do recurso e dar-lhe provimento para afastar a penhora incidente sobre o boxe de garagem. Vencido o Exmo. Sr. Des. Trindade dos Santos.

Participou do julgamento o Exmo. Sr. Des. Subst. Ronaldo Moritz Martins da Silva.

Florianópolis, 11 de maio de 2006.

Trindade dos Santos,
Presidente, com voto vencido;
Edson Ubaldo,
Relator.

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Trindade dos Santos

Fiquei vencido em parte, por ocasião do julgamento do recurso em tela, por entender que, no caso em comento, o boxe de garagem em edifício de apartamentos não integra o conceito de residência ou de benfeitoria da unidade habitacional, mormente quando conta ela com matrícula e registro imobiliário próprios, podendo ser alienada destacadamente do respectivo apartamento, não havendo, desse modo, nenhum óbice à sua constrição judicial.

Isso porque, a nosso ver, a vaga de garagem, ainda que pareça estar ligada ao apartamento, constitui-se em unidade autônoma e, portanto, completamente desvinculada do apartamento que serve de moradia ao devedor, com matrícula registrada individualmente no Registro de Imóveis, podendo ser alienada livremente, inexistindo, em sendo assim, qualquer embaraço à sua penhora.

A respeito, preconiza Caio Mário da Silva Pereira:

"Se à garagem se atribui fração ideal de terreno, pode ser considerada como direito autônomo, desaparecendo a dependência à unidade habitacional, mas nem por isto cessa a inalienabilidade a estranho, porque o § 2º, quando veda tal transferência, alude genericamente ao § 1º, e este compreende as duas hipóteses, não tolera distinção para efeito alienatório. Haverá maior mobilidade, mais nítida flexibilidade, mas não ocorre direito de transferir, o que é razoável, à vista da natureza do complexo condominial" (Condomínio e Incorporações, São Paulo: Forense, 1999. p. 74).

E concluindo:

"Não obstante a interpretação literal levar à inalienabilidade da vaga de garagem a estranhos, mesmo quando se lhe atribui fração ideal, a tendência atual, através de doutrina pretoriana, é em sentido contrário, isto é: somente quando não ligada à fração ideal é que é vedada a alienação. Em caso contrário é alienável" (p. 74).

Da mesma forma, ao manifestar-se sobre o tema, leciona Elvino Silva Filho:

"A vaga de garagem tendo sido constituída como unidade autônoma ou propriedade exclusiva na instituição e especificação de condomínio,

com os elementos materiais exigidos pelo legislador – isto é, com área de construção ou também chamada de ocupação útil, com fração ideal específica no terreno e com fração nas coisas comuns do edifício, e devidamente numerada ou com designação especial, será objeto de matrícula própria, como imóvel individuado, consignando-se na sua abertura esses dados materiais e a descrição do terreno sobre o qual a fração se projeta" (Questões de Condomínio no Registro de Imóveis, São Paulo: Malheiros, 1999. p. 48).

Inquestionavelmente, portanto, a vaga de garagem é unidade autônoma, com registro e matrícula distintos do apartamento ao qual serve, podendo ela ser alienada separadamente da unidade habitacional e, portanto, não havendo óbice à sua constrição judicial.

Nesse sentido vem-se firmando a jurisprudência do egrégio Superior Tribunal de Justiça, como bem evidenciam os acórdãos assim ementados:

"Execução – Penhora – Boxe de estacionamento – Penhorabilidade.

"O boxe de estacionamento, identificado como unidade autônoma em relação à residência do devedor, tendo, inclusive, matrícula própria no registro de imóveis, não se enquadra na hipótese prevista no art. 1º da Lei n. 8.009/90, sendo portanto, penhorável.

"Recurso desprovido" (REsp. n. 205.898/SP, rel. Min. Félix Fischer, j. em 18-5-99).

"Execução. Impenhorabilidade. Lei n. 8.009/90, de 23-3-90. Vaga de garagem.

"O boxe de estacionamento, quando individualizado como unidade autônoma no Registro de Imóveis (art. 2º, §§ 1º e 2º, da Lei n. 4.591, de 16-12-64), é suscetível de penhora sem as restrições apropriadas ao imóvel de moradia familiar. Precedentes" (REsp. n. 182.451/SP, rel. Min. Barros Monteiro, j. em 3-11-98).

Ou, ainda:

"Execução fiscal – Prédio condominial – Penhora de boxe-garagem – Possibilidade – Lei n. 4.591/64 (art. 2º, §§ 1º e 2º) – Lei n. 8.009/90 (art. 1º).

"O boxe de estacionamento, como objeto de circulação econômica, desligado do principal, pode ser vendido, permutado ou cedido a condômino diverso, saindo da propriedade de um para outro, continuando útil a sua finalidade de uso, visto que não está sob o domínio de comunhão geral, mas identificado como unidade autônoma. Em assim sendo, penhorável para garantia de execução, sem as restrições apropriadas ao imóvel de moradia familiar.

"Precedentes" (REsp. n. 23.420/RS, Min. Milton Luiz Pereira, j. em 31-8-94).

Do corpo do acórdão por último transcrito, destaque-se a seguinte lição:

"*In casu*, temos um boxe de garagem considerado como unidade autônoma, eis que possui registro próprio e individualizado no Registro de Imóveis, com matrícula própria. Pode, por isso, ser alienado. Se pode ser alienado, pode ser penhorado.

"O acórdão o considerou como acessório do apartamento. Mesmo se assim o considerarmos, assim mesmo pode ser alienado, mesmo que seja a um outro condômino. Se a outro condômino pode ser alienado, pode ser penhorado e vendido em hasta pública, com preferência do condômino.

"O boxe de garagem não é tido como uma das benfeitorias que guarnecem a residência, no sentido que lhe quis dar a Lei n. 8.009/90. Essa lei, de cunho eminentemente social, teve em mira garantir a todos uma casa para morar, com os móveis e utensílios indispensáveis a uma vida digna de pessoa humana. Ora, o conceito não abrange, por óbvio, o boxe de garagem no edifício de apartamentos. O boxe é necessário para aquele que possui um veículo, um automóvel. Ora, o automóvel não pode ser considerado indispensável à pessoa para ter uma moradia digna. Poder-se-ia raciocinar, como fez o demandado, que o boxe valoriza o apartamento, mas não constitui razão suficiente para impedir a alienação independentemente do apartamento".

E prossegue o preclaro Ministro:

"Para o caso dos autos, compartilho do comemorado entendimento doutrinário e jurisprudencial, porquanto, sob forma destacada, matriculado no Registro Imobiliário, nada obsta a que o boxe de estacionamento, como objeto de circulação econômica, desligado do principal, possa ser vendido, permutado ou cedido para condômino diverso, saindo da propriedade de um para outro, continuando útil à sua finalidade de uso, visto que não está sob o domínio de comunhão geral, mas identificado como unidade autônoma. Em assim sendo, penhorável para garantia de execução, sem as restrições apropriadas ao imóvel de moradia familiar".

Idêntico é o posicionamento adotado pelo colendo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro quando, acerca da matéria, assim se manifestou:

"Execução por título judicial. Condomínio de edifício. Direito ao uso de vaga na garagem. Penhora. Admissibilidade.

"Execução. Título judicial. Penhora sobre direito ao uso de vagas em garagem. Prédio em condomínio. Possibilidade. A falta de delimitação física da vaga não é obstáculo à realização do ato constritivo. A penhora pode atingir bens incorpóreos, de conteúdo patrimonial, como créditos, direitos ou ações. Inteligência dos arts. 655, X, e 673 do Código de Processo Civil. Expropriação, no entanto, peculiar, com universo delimitado pela convenção e lei condominial (art. 2º, §§ 1º e 2º, da Lei n. 4.591/64). O direito ao uso da vaga de garagem não se insere entre os bens impenhoráveis da Lei n. 8.009/90, pois lhe falta a essencialidade e característica fundamental para ser considerado bem de família. Embargos de devedor rejeitados" (Ap. Cív. n. 1999.001.6819, Capital, rel. Des. Marcus Faver, j. em 8-6-1999).

Perfilhando igual entendimento, já proclamou este Tribunal:

"Embargos à arrematação – Nulidade da penhora – Penhorabilidade de unidade autônoma de garagem.

"Negando-se o devedor a apor sua assinatura no auto de penhora e depósito, e ficando ele nomeado depositário do bem constritado, válida é a penhora.

"A vaga de garagem em unidade autônoma, com registro individualizado, e devidamente descrita e registrada no Registro de Imóveis, pode ser penhorada" (Ap. Cív. n. 47.645, rel. Des. Carlos Prudêncio, j. em 26-9-95).

Igualmente assim decidimos por ocasião do julgamento do Agravo de Instrumento n. 2000.003262-0, de Blumenau:

"Execução. Penhora. Edifício de apartamentos. Vagas de garagem. Constrição judicial. Possibilidade. Leis n. 4.591/64 (art. 2º, §§ 1º e 2º) e 8.009/90 (art. 1º). Decisão correta. Insurgência recursal desprovida.

"Em edifício de apartamentos, as vagas de garagem não podem, para os efeitos da impenhorabilidade imposta pela Lei n. 8.009/90, ser consideradas, apenas em detrimento dos direitos do credor e em ostensivo benefício daquele que não cumpriu as obrigações de sua responsabilidade, como partes integrantes do imóvel residencial – o apartamento --, como se dele se constituíssem em meras benfeitorias.

"A chamada Lei da Impenhorabilidade, de índole essencialmente social, tem como meta exclusiva a de assegurar a todos os que habitam o solo pátrio um teto residencial, tornando inconstritável, a não ser em hipóteses excepcionais, o imóvel residencial e os bens móveis que, guarnecendo-o, são indispensáveis a propiciar ao proprietário e a seus familiares uma vida digna.

"Nesse conceito, por óbvio, não se enquadram os boxes de garagem, esses indispensáveis somente para os que possuem veículos automotores, veículos esses que, entretanto, não são catalogáveis como indispensáveis para que qualquer pessoa tenha uma moradia digna, razão pela qual são tais bens, dotados de autonomia plena em relação à unidade habitacional, excluídos da abrangência restritiva da Lei n. 8.009/90".

Portanto, estando a vaga de garagem individualizada e dotada de matrícula própria no Registro de Imóveis, pode ser penhorada, inexistindo afronta ao artigo 1º da Lei n. 8.009/90.

São estas, em síntese, as razões do dissenso!

Trindade dos Santos

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

AGRAVO DE INSTRUMENTO

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 2004.033345-1, DE CHAPECÓ

Relator: Des. Alcides Aguiar

Agravo de instrumento – Medida cautelar de arresto – Expectativa de direito – Impossibilidade de sua concessão ante a ausência dos requisitos autorizadores – Fumus bonis iuris e periculum in mora inexistentes – *Necessidade de prova literal da dívida líquida e certa – Inteligência do artigo 813 do Código de Processo Civil – Liminar cassada – Recurso provido – Carência de ação – Extinção de ofício da ação cautelar.*

Para decretação do arresto, cujo objetivo visa a apreender judicialmente bens indeterminados do devedor para garantia de futura execução, torna-se necessária, especificamente, ocorrendo dilapidação do patrimônio do devedor, prova literal da dívida líquida e certa, bem como prova documental do fundado receio de dano, e não é suficiente para a concessão da medida a mera expectativa de direito.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 2004.033345-1, da comarca de Chapecó (3ª Vara), em que é agravante Silvana Dal Bosco e agravado Nilso Roque Ducatti:

ACORDAM, em Terceira Câmara de Direito Comercial, por unanimidade, dar provimento ao recurso e, de ofício, extinguir a ação cautelar.

Custas na forma da lei.

Relatório

Silvana Dal Bosco agravou de instrumento da decisão da Juíza de Direito da 3ª Vara Cível da comarca de Chapecó que, nos autos da ação cautelar de arresto movida por Nilso Roque Ducatti, deferiu liminar para determinar o arresto do bem indicado pelo credor, mediante caução real equivalente ao montante do débito.

Alegou que o agravado ajuizou a aludida ação objetivando arrestar o imóvel da ré, sob o fundamento de que, na qualidade de avalista, pagou suas dívidas na instituição financeira do Banco do Brasil; não estão presentes os requisitos da medida cautelar de arresto; no caso em exame, a devedora/agravante possui domicílio, e cabe ao agravado comprovar sua insolvência; não foi cumprida a prova de difícil situação financeira da agravante; o agravado não fez nenhuma prova para atender ao comando do artigo 813 do Código de Processo Civil.

Aduziu que, analisando o inciso primeiro da legislação em comento, deveria o recorrido provar literalmente a dívida líquida e certa, o que não ocorreu, uma vez que se limitou a alegar que quitou uma dívida na qual era avalista, por meio de depósitos efetuados numa ação de consignação em pagamento; não há nos autos prova literal da dívida líquida e certa, pois a referida ação está tramitando, e o banco não sacou valor algum.

Sustentou que o agravado está cobrando da agravante a totalidade dos valores que teria consignado judicialmente como se fosse a recorrente responsável pelo pagamento integral da dívida em questão; a grande maioria da dívida foi contraída pela empresa AMAC Comércio de Confecções Ltda. no Banco do Brasil S.A., a qual requereu concordata preventiva no ano de 1999; a responsável pelo pagamento da maioria do débito em apreço é a empresa acima mencionada, e o agravado, a agravante, bem como o ex-marido dessa, Jair Luiz Ducatti, são meros avalistas dos contratos; não pode o recorrido pleitear a maioria da dívida por ação regressiva, porquanto também possui responsabilidade pelo pagamento, na proporção de 50%, já que os dois outros fiadores eram casados à

época da celebração dos contratos, tocando-lhes a responsabilidade pela outra metade da dívida.

Anotou que, do débito em questão, somente dois contratos estão firmados em nome da agravante, e que uma confissão de dívida está diretamente firmada em nome do agravado, e não cabe, assim, a cobrança da totalidade do débito contraído por uma empresa exclusivamente de um só avalista (agravante).

Juntou documentos.

Requereu a concessão do efeito suspensivo e, ao final, o provimento do agravo.

Foi negado o almejado efeito suspensivo pelo despacho de fls. 287 e 288).

Às fls. 302 a 311, o agravado apresentou contra-razões aduzindo que, na condição de fiador de um contrato de cédula de crédito bancário comercial, firmado entre o Banco do Brasil S.A. e a empresa AMAC Comércio de Confecções Ltda., e transações que envolvem a agravada, consignou judicialmente as parcelas avençadas; tais débitos, nos quais a recorrida figura como fiadora, dizem respeito a várias operações de renegociação, com vencimento nos dias 14 e 21 de cada mês; em face da mencionada ação de consignação, quitou uma dívida de R$ 126.000,00, que a agravada havia contraído em decorrência de vários empréstimos, fato esse que se comprova pela baixa de registro do Banco do Brasil S.A.; é notório que a devedora encontra-se em difícil situação financeira, o que dificulta o recebimento do presente débito, já que as tentativas amigáveis foram infrutíferas; é certo que essa pretende transferir para terceiros o único bem que ainda lhe resta, ou até mesmo aliená-lo desesperadamente (casa de alvenaria, com área de 335,59m2).

Mencionou que o pedido de arresto veio fulcrado no artigo 813, II, *b*, e III, do Código de Processo Civil e estão presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*; o artigo 831 do Código Civil assegura ao fiador que pagar integralmente a dívida o direito de sub-rogar-se nos direitos do credor; há prova literal da dívida líquida e certa, bem como os documentos acostados à exordial comprovam o seu crédito com a agravante.

Colacionou julgados.

Por fim, requereu o desprovimento do agravo.

Voto

Cuida-se de agravo de instrumento objetivando a reforma da decisão monocrática que deferiu liminar para determinar o arresto do bem indicado pelo credor, sob o fundamento de que o recorrido não

comprovou a insolvência da agravante, bem como não fez prova literal da dívida líquida e certa.

O instituto do arresto, previsto no artigo 813 do Código de Processo Civil, assim vem concebido:

"Art. 813 -- O arresto tem lugar:

"I -- quando o devedor sem domicílio certo intenta ausentar-se ou alienar os bens que possui, ou deixa de pagar a obrigação no prazo estipulado;

"II -- quando o devedor, que tem domicílio:

"a) se ausenta ou tenta ausentar-se furtivamente;

"b) caindo em insolvência, aliena ou tenta alienar bens que possui; contrai ou tenta contrair dívidas extraordinárias; põe ou tenta pôr os seus bens em nome de terceiros; ou comete outro qualquer artifício fraudulento, a fim de frustrar a execução ou lesar credores;

"III -- quando o devedor, que possui bens de raiz, intenta aliená-los, hipotecá-los ou dá-los em anticrese, sem ficar com algum ou alguns, livres e desembargados, equivalentes às dívidas.

"IV -- nos demais casos expressos em lei".

O recorrido requereu o arresto do bem imóvel indicado, sob o argumento de que, além de ser credor de título líquido e certo, encontra-se a agravante em situação financeira precária.

Segundo a lição de Humberto Theodoro Júnior, a ação cautelar consiste no "[...] direito de provocar, o interessado, o órgão judicial a tomar providências que conservem e assegurem os elementos do processo (pessoas, provas e bens), eliminando a ameaça de perigo ou prejuízo iminente e irreparável ao interesse tutelado no processo principal; vale dizer: a ação cautelar consiste no direito de 'assegurar que o processo possa conseguir um resultado útil'" (*in* Curso de Direito Processual Civil. 36. ed., Forense, 2004. v. II. p. 351).

Sobre os pressupostos da cautelar, colhe-se dos ensinamentos do mesmo processualista:

"Os requisitos para alcançar-se uma providência de natureza cautelar são, basicamente, dois:

"I -- Um dano potencial, um risco que corre o processo principal de não ser útil ao interesse demonstrado pela parte, em razão do *periculum in mora*, risco esse que deve ser objetivamente apurável;

"II -- A plausibilidade do direito substancial invocado por quem pretenda segurança, ou seja, o *fumus boni iuris*" (*in* Curso de Direito Processual Civil. 36. ed., 2004, Rio de Janeiro: Forense, p. 360).

Assim, cabe analisar se estão preenchidos os pressupostos para o deferimento da liminar impugnada no caso em apreço, quais sejam, o *fumus boni iuris* e o *periculum em mora*.

Saliente-se que para a decretação do arresto, cujo objetivo visa a apreender judicialmente bens indeterminados do devedor para garantia de futura execução, torna-se necessária, especificamente, ocorrendo dilapidação do patrimônio do devedor, prova literal da dívida líquida e certa, bem como prova documental do fundado receio de dano.

No que pertine à prova literal da dívida líquida e certa, Humberto Theodoro Júnior leciona:

"[...] registra-se, outrossim, uma tendência doutrinária e jurisprudencial no sentido de abrandar-se o rigor na determinação do que seria 'prova literal de dívida líquida e certa'. Assim, não seria necessário que o credor dispusesse, desde logo, de um título executivo perfeito e completo, bastando contar com prova documental de dívida reconhecida pelo devedor, ou a ele oponível com verossimilhança. Essa posição merece acolhida, diante do fato de a lei autorizar, com toda amplitude, o poder geral de cautela, o que tornaria sem sentido tratar a medida típica sob um rigor formal impróprio aos desígnios da jurisdição preventiva" (Processo cautelar. São Paulo: Leud, 21. ed., 2004. p. 220 e 221).

De fato, o legislador não impôs como requisito essencial do arresto a exigibilidade da dívida, mas apenas prova da sua liquidez e certeza, nos termos do artigo 814 do Código de Processo Civil.

Evidencia-se que o recorrido, na condição de fiador, ajuizou anteriormente à cautelar ação de consignação em pagamento, a fim de depositar os valores que entende devidos e corretos das parcelas avençadas dos contratos que se deram entre o Banco do Brasil S.A. e a empresa AMAC Comércio de Confecções Ltda., assim como transações que envolveram a agravante, com o fim de discutir abusos praticados por parte da instituição financeira supracitada.

Afirma o agravado que, ante os valores consignados em Juízo, quitou uma dívida no valor de R$ 126.000,00, que a agravante teria contraído em decorrência de vários empréstimos. Todavia, verifica-se em consulta no SAJ/PG, que a ação de consignação em pagamento encontra-se em andamento, e está, ainda, o banco impugnando os valores consignados, ao argumento de que esses são inferiores aos realmente devidos.

Considerando que o banco até agora não levantou os valores depositados em Juízo, não há falar em pagamento, assim, fica o autor

requerido impossibilitado de sub-rogar-se nos direitos dos contratos.

Dessa forma, forçoso reconhecer que o arresto acabou por garantir uma mera expectativa de direito, pois não se fazem presentes os pressupostos da prova literal da dívida líquida e certa e prova documental do fundado de dano.

A propósito, colhe-se da jurisprudência deste Tribunal de Justiça:

"Agravo de instrumento -- Ação cautelar inominada -- Pleito pela decretação de indisponibilidade de bens imóveis -- Garantia à futura execução de eventual crédito, a ser constituído em ação de cobrança -- Enquadramento da pretensão aos pressupostos da ação cautelar de arresto -- Ausência de prova literal da dívida líquida e certa (art. 814, I, do CPC) -- Liminar deferida com fulcro no poder geral de cautela -- Princípio da especificidade -- Interesse processual -- Carência de ação -- Hesitação quanto à existência do *fumus boni iuris* e *periculum in mora* -- Cassação da liminar -- extinção *ex officio* da *actio* cautelar" (AI n. 2005.017670-6, de Lages, rel. Des. Subst. Sérgio Izidoro Heil).

Extrai-se do corpo do acórdão:

"Não bastasse isso, da leitura dos documentos acostados, *a priori*, não é possível vislumbrar relevante fundamentação, ao ponto de autorizar o deferimento da medida, nos exatos moldes em que procedeu o Juiz *a quo*. O conjunto probatório amealhado não satisfaz os requisitos estampados no art. 814, especificamente no que pertine à existência de 'prova literal da dívida líquida e certa', uma vez que se encontra pendente ação de cobrança, sem qualquer decisão judicial que indique a verossimilhança das alegações".

Ademais, do exame dos documentos que instruem os autos, não se vislumbra elementos suficientes a fim de comprovar a precária situação econômica da recorrente ou que esteja ocorrendo dilapidação do seu patrimônio. Não há demonstração de possível estado de insolvência da ora recorrente que fundamente a expedição de mandado liminar de arresto do bem observado na exordial.

Quanto à irresignação da agravante de que não é responsável pela totalidade da dívida, mas, sim, pela sua cota-parte correspondente, não há que ser examinada, uma vez que o agravo de instrumento tem por objeto analisar o acerto ou desacerto da decisão recorrida. A matéria trazida à baila pelo agravante é concernente ao preenchimento dos requisitos para a concessão do arresto. A apreciação de questões ainda não discutidas pelo Juízo de primeiro grau, tal como a que ora se questiona, importaria em suprimir um grau de jurisdição.

Nesse sentido:

"Matéria não submetida ao crivo judicial na instância *a quo*, ou ainda não equacionada pelo magistrado singular, não pode ser enfrentada em sede recursal. Esse conhecimento originário, acaso ditado, implicaria em frontal supressão de um nível de jurisdição, o que é totalmente inadmissível ao nosso ordenamento jurídico" (AI n. 1996.001772-0, da Capital, rel. Des. Trindade dos Santos).

E, ainda:

"Em sede de agravo de instrumento só se discute o acerto ou desacerto do ato judicial hostilizado, não sendo viável a discussão de questões ainda não apreciadas no Juízo *a quo*, sob pena de indevido adiantamento da tutela jurisdicional invocada e conseqüente supressão de instância, em afronta ao princípio do duplo grau de jurisdição" (AI n. 1999.022497-0, de Blumenau, rel. Des. Eder Graf).

Corroborando com esse entendimento:

"Em sede de agravo de instrumento cabe ao Juízo *ad quem* apenas a análise acerca do acerto ou desacerto da decisão guerreada, sendo vedada a apreciação de matéria ainda não discutida no Juízo de primeiro grau de jurisdição" (AI n. 2001.021367-2, de Balneário Camboriú, rel. Des. Monteiro Rocha).

Ainda:

"Apelação cível -- Medida cautelar de arresto -- Extinção -- Pressupostos legais -- Não atendimento -- Inteligência dos arts. 813 e 814 do CPC -- Insurgência recursal desprovida.

"Não tendo a parte promovido a juntada do título de crédito para demonstrar a existência de dívida líquida e certa, correta está a decisão que indeferiu a inicial com base no CPC" (Ap. Cív. n. 2002.007701-7, de Blumenau, rel. Des. José Volpato de Souza).

Colhe-se também do aludido aresto:

[...] "'Processual -- Arresto -- Falta dos pressupostos do art. 814 do CPC -- Inicial indeferida -- Recurso desprovido -- Precedentes jurisprudenciais.

'Só se concede arresto em casos excepcionais, impondo-se ao requerente comprovar literalmente a existência de dívida líquida e certa bem assim através de prova documental ou de justificação de algum dos casos mencionados no artigo 813 do Código de Processo" (TJ/SC, Ap. Cív. n. 1996.010166-7, da Capital, rel. Des. Amaral e Silva).

"'Processual civil -- Ação cautelar de arresto -- Prova de dívida líquida e certa (CPC, art. 814, I) -- Inexistência -- Inviabilidade da medida -- Recurso provido.

'Constituindo-se em uma antecipação da penhora a incidir em execucional a ser proposta pelo credor contra o devedor, o arresto exige, como pressuposto fundamental, a existência de dívida líquida e certa a favor do autor da medida' (Des. Trindade dos Santos)" (TJSC, Agravo de Instrumento n. 2000.000915-6, de Blumenau, rel. Des. Eder Graf).

"'O arresto é uma medida preventiva, consistente na arrecadação ou apreensão dos bens do devedor, por dívida líquida e certa, a fim de acautelar os direitos do credor, que, se citado para o pagamento, antes da penhora, poderá desbaratar seus bens. Assim, por ela, tomam-se os bens do devedor por dívida daquela natureza, antes que ele, citado para o pagamento e antes da penhora, a eles dê sumiço' (Adcoas, 1973/20.955).

"No mais:

"'O arresto é uma das medidas cautelares nominadas, que visa prevenir o juízo da execução contra a malícia do devedor, que revela a intenção de fraudar o processo executivo, inviabilizando-o pela inexistência de bens sujeitos a constrição'" (TRF/4ª Região, Ap. Cív. n. 89.04.17443-0/RS, DJU de 5-2-92, p. 1.496, rel. Juiz Fábio Bittencourt da Rosa).

"Assim, se o crédito ainda tem de ser constituído nas vias ordinárias, uma vez que a ação principal que pretende o apelante ingressar é a de reparação de danos, o que existe em seu favor é, quando muito, uma expectativa de título executivo judicial, faltando requisito essencial à ação cautelar de arresto. Ademais, tem a medida acautelatória de arresto, também como pressuposto, a comprovação do *periculum in mora*, sendo que o apelante deixou bastante a desejar, eis que ele próprio negligenciou a inicial, correta foi a sentença ora censurada".

Por derradeiro, saliente-se que, para o exercício do direito da ação cautelar sob exame, devem estar preenchidos os requisitos para a concessão da medida de arresto, tal como acima analisado, a fim de garantir a exeqüibilidade e efetividade da prestação jurisdicional, sob pena de, também neste grau de jurisdição, reconhecer-se a carência de ação e, conseqüentemente, extinguir o processo sem julgamento do mérito, independentemente da produção de outras provas.

Assim, diante da ausência, em princípio, dos requisitos exigidos para a concessão da medida constritiva, uma vez que hesitante a presença do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, carece o recorrido de interesse de agir, motivo pelo qual decreta-se, de ofício, a extinção da cautelar.

Decisão

Ante o exposto, dá-se provimento ao recurso e, em conseqüência, cassa-se a liminar concedida. De ofício, extingue-se a cautelar de arresto com base no artigo 267, VI, do Código de Processo Civil, e condena-se o agravado em custas processuais e honorários advocatícios, esses arbitrados em R$ 1.000,00, nos termos do § 4º do artigo 20 da aludida legislação.

Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Gastaldi Buzzi e o Exmo Sr. Des. Subst. Jânio Machado.

Florianópolis, 27 de abril de 2006.

Alcides Aguiar,
Presidente e Relator.

APELAÇÃO CÍVEL

APELAÇÃO CÍVEL N. 2006.009967-2, DE IBIRAMA

Relator: Des. Alcides Aguiar

Apelação cível – Embargos de terceiro – Venda de veículo, pelo devedor, antes de efetivada a penhora na ação executiva – Presunção juris tantum *de boa-fé em favor do adquirente – Ausência de prova hábil a desconstituí-la – Inexistência de restrição no registro do automóvel, no órgão competente, à época da transferência ao comprador – Diligência mínima do embargante comprovada – Desconhecimento sobre a pendência de feito executivo em nome do alienante – Insolvência não configurada – Fraude à execução afastada – Sentença reformada para tornar insubsistente a penhora sobre o bem litigioso – Recurso provido.*

A venda de bem pelo devedor, ocorrida após a citação na ação executiva, constitui fraude à execução na

hipótese de ser desconstituída a presunção de boa-fé em favor do adquirente, o que não se verifica se a aquisição ocorre antes de efetivada a penhora e nenhuma restrição consta do registro do veículo objeto da transação no órgão competente, a par de inexistir prova da insolvência do executado.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2006.009967-2, da comarca de Ibirama (2ª Vara), em que é apelante Herberto Kolm e apelado Raul Cipriani:

ACORDAM, em Terceira Câmara de Direito Comercial, por votação unânime, dar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

Relatório

Herberto Kolm promoveu embargos de terceiro contra Raul Cipriani, sob o fundamento de ser proprietário do veículo Santana Quantum, placa MDF 0520, penhorado na ação de execução proposta contra Lídio Block e Márcia Block, como se esses ainda fossem os donos do referido veículo.

Afirmou ser terceiro estranho ao feito executivo, que sofreu esbulho em decorrência da constrição nele realizada, e requereu, por isso, o acolhimento dos embargos a fim de ser declarada insubsistente a penhora efetivada sobre o bem de sua propriedade.

O embargado apresentou resposta; suscitou, preliminarmente, a nulidade da citação; ausência de pressuposto de desenvolvimento regular e válido do processo, já que não cumprido o disposto no art. 282 do CPC. Disse que a demanda deveria ter sido proposta, também, contra o executado, Lídio Block, transmitente da posse, pois há entre ambos litisconsórcio passivo necessário; ante a irregularidade da penhora, é descabida a propositura dos embargos de terceiro.

No mérito, destacou que a venda do veículo caracteriza fraude à execução; o documento do veículo apresenta data de 25-10-99, enquanto a citação ocorreu em 9-2-99 e a penhora em 4-6-99; se a constrição foi efetivada, é porque o automóvel se encontrava na posse do devedor; o executado se encontra em estado

de insolvência, ante o grande número de credores, por isso alienou o veículo em 1º-6-99; além dos presentes embargos, outros foram movidos, também em face da execução por ele interposta, tendo por objeto a penhora que recaiu sobre uma sala comercial da qual reclamam os então embargantes a sua propriedade; haveria outro imóvel em nome do devedor situado no município de Penha; pugnou pela improcedência dos embargos porque caracterizada a fraude à execução.

Foi realizada audiência.

O embargante impugnou a resposta e, após ter rebatido as teses prejudiciais do embargado, acrescentou que a venda ocorreu antes de efetivada a penhora atacada, tanto que, em 4-3-99, o devedor firmou compromisso no tabelionato da comarca, a fim de reconhecer firma para a transferência do automóvel, o que se deu em 1º-6-99; o autor é terceiro de boa-fé, pois, à época da compra e venda, o carro não estava penhorado; inexiste prova da insolvência do executado/alienante, ao contrário, o próprio credor declarou que o devedor possui imóvel no município de Penha, Praia da Armação; reiterou o pleito inicial.

Em despacho saneador, o Magistrado afastou as preliminares suscitadas e designou data para audiência.

O embargado, em que pese intimado, não compareceu à audiência, o que prejudicou o depoimento do embargante por ele requerido; foram ouvidas testemunhas arroladas pelo autor e uma de ofício; por meio de carta precatória, novo testigo.

As partes apresentaram alegações finais por memoriais, oportunidade em que reiteraram os argumentos e os pedidos anteriormente formulados.

A sentença rejeitou os embargos por reconhecer caracterizada a fraude à execução e manteve incólume a penhora sobre o veículo em litígio; condenou o embargante ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, esses fixados em R$ 350,00.

O embargante interpôs apelação; afirmou não haver prova de que, à época da penhora, o veículo se encontrava com o executado, bem como da má-fé do apelante; repetiu seus argumentos referentes à compra e venda, em especial, que adquiriu o bem de Lídio Cimardi – vulgo Bimba –, em 4-3-99, o qual, dias antes, o havia comprado do devedor; a transferência ocorreu em 4-6-99, antes da penhora, tanto que, quando o Oficial de Justiça foi à casa do executado, esse lhe informou ter vendido o bem, fato declarado pelo próprio Meirinho; por ser terceiro de boa-fé, não está caracterizada a fraude à execução, sobretudo porque a venda nem mesmo foi efetuada com o próprio devedor, mas, sim,

com intermediária pessoa – Bimba; inexiste prova da insolvência do alienante necessária à caracterização da fraude.

Conforme certificado na origem, as contra-razões apresentadas, porque intempestivas, foram desentranhadas do caderno processual.

Subiram os autos a este egrégio Tribunal de Justiça.

Voto

O recurso tem por objeto a ocorrência ou não de fraude à execução que envolve a compra e venda do veículo reclamado pelo apelante, que se diz terceiro de boa-fé.

Em primeiro lugar, a fim de ilustrar os fatos narrados, deve ser destacado que, na petição inicial, o apelante apenas afirmou que o veículo em litígio pertencia anteriormente a Lídio Block e sua mulher, Márcia Block, contra os quais o recorrido promoveu a execução, o que se observou também na impugnação à contestação.

Por ocasião da audiência, foram colhidos os depoimentos das testemunhas arroladas pelo recorrente, dentre elas o próprio executado, Lídio Block, que afirmou ter alienado o veículo a uma pessoa de apelido Bimba, que, por sua vez, teria vendido o bem ao apelante; o intermediário da venda, de nome Lídio Cimardi, alcunha Bimba, também foi ouvido em audiência.

Nas alegações finais e no recurso de apelação, é que o apelante relatou ter adquirido o veículo das mãos de Lídio Cimardi, embora o documento de transferência estivesse em nome do executado Lídio Block.

Em que pese o apelante não tenha afirmado, na primeira oportunidade, que adquiriu o veículo por intermédio de Lídio Cimardi, tal fato não é hábil a derruir a presunção *juris tantum* de boa-fé do terceiro adquirente.

Consoante as provas documentais e testemunhais, conclui-se que o apelante efetivamente adquiriu o veículo Santana Quantum do devedor Lídio Block, por intermédio de Lídio Cimardi, vulgo Bimba, no valor de R$ 4.000,00, cujo pagamento se deu mediante a entrega de uma carretinha, um fusca e aproximadamente R$ 2.000,00, em 4-3-99; já o documento de transferência do veículo data de 1º-6-99 (fl. 24).

Além disso, embora o devedor tenha sido citado na ação executiva em 9-2-99 – fls. 19 e 19v. – à época da transferência do bem, repita-se, em 1º-6-99 (fl. 21), ainda não havia sido efetivada a penhora, que ocorreu apenas em 4-6-99, e, por conseguinte, inexistia restrição no registro do automóvel no Detran, fato que leva a crer que o apelante, ao certo, desco-

nhecia, àquela época, a existência da execução contra o alienante, assim como de sua situação econômica (fls. 19 verso, 24 e 21, respectivamente), o que só reforça a presunção de boa-fé do terceiro adquirente.

Ademais, o Oficial de Justiça que procedeu à constrição (fl. 21 dos autos de execução) certificou, no auto de penhora, que o devedor afirmou que o bem não lhe pertencia e, ao depor, diz que o veículo não mais se encontrava na garagem da casa do devedor à época da penhora e afirmou tê-lo alienado (fl. 122).

Pertinentes, ainda, os depoimentos das testemunhas arroladas pelo apelante, bem como daquela ouvida de ofício pelo Magistrado, pois atestam, com a prova documental presente nos autos, que o adquirente é terceiro de boa-fé.

Colhe-se do depoimento de Lídio Cimardi:

"[...] que conhece Lídio Block e dele já comprou uma Santana Quantum prata, por R$ 4.000,00, há cinco anos; que inclusive dispõe do recibo de uma multa referente ao mencionado carro, a qual pagou e depois descontou de Lídio Block; que acha que o carro já estava consigo; que ficou pouco tempo com o automóvel, de 15 a 30 dias; que o revendeu ao embargante, recebendo em troca um fusca, uma carretinha e R$ 1.900,00; que recebeu a carretinha por uns R$ 400,00 e o fusca uns R$ 1.800,00; que entregou para Lídio Block os R$ 4.000,00 em dinheiro, descontado o valor da multa; que a Quantum permanece atualmente com o embargante, sendo que o vê toda semana com o carro, inclusive nesta; que Lídio Block nada comentou sobre a situação financeira dele ou existência de dívida; que quando efetuou o pagamento a Lídio Block ele lhe entregou o documento de transferência assinado e quando houve a revenda para o embargante a documentação foi então regularizada, sendo que nada havia registrado sobre a penhora [...]" (p. 82).

A testemunha Cláudio Niquel declarou:

"[...] que não acompanhou o oficial Livino no ato que deu origem ao auto de penhora e depósito de fl. 21; que conhece o embargante, Lídio Block e Lídio Cimardi; que o embargante comentou consigo sobre a aquisição do carro em questão e que depois descobriu que tinha problema envolvendo Lídio Block; que embargante e Lídio Cimardi comentaram desconhecer a existência da execução; que este ainda disse que nenhum registro havia sobre a penhora; que Lídio Block respondia a várias execuções e teve diversos bens penhorados; que o oficial Livino nada comentou consigo sobre a penhora em questão" (p. 85).

Livino Nogueira da Costa afirmou:

"[...] que, o depoente trabalhava como Oficial de Justiça na comarca de Ibirama quando dos fatos; que o depoente lembra que citou o devedor no mês de fevereiro; que nesta oportunidade o veículo que acabou sendo penhorado estava na garagem do devedor citado; que, depois, no mês de junho, o depoente formalizou a penhora sobre o veículo objeto dos embargos, mas o dito veículo já não estava na garagem do devedor; que, inclusive, o devedor na ocasião disse que o veículo já havia sido vendido, o que o depoente certificou" (p. 122).

Logo, pela leitura das declarações *supra* conclui-se o total desconhecimento do apelante, à época da transação, acerca da real situação econômica do devedor, sobretudo porque, na data da transferência do veículo, 1º-6-99, a penhora ainda não havia sido efetivada, portanto, nenhuma restrição constava do registro do bem no órgão competente, o que se pode observar, também no documento de fl. 24.

Vale salientar que não se desconhece julgados da Câmara em que se reconheceu a fraude à execução, dentre outros motivos, por se tratar de compra e venda efetuada em município de pequeno porte em que se presumiu que o adquirente era conhecedor do estado econômico precário do alienante; contudo, em tais casos, não houve a mínima diligência do terceiro à época da compra do bem.

Ao contrário, na situação dos autos, em que pese ocorrido na cidade de Ibirama, não muito populosa, o apelante, ao que se extrai da prova colegida, adquiriu o automóvel com total desconhecimento da execução e principalmente de eventual penhora que recairia sobre o bem, pois nem mesmo efetivada e registrada no Detran.

Para que a presunção *juris tantum* de boa-fé do terceiro adquirente seja elidida, necessário faz-se a prova conclusiva de que a compra e venda se deu de modo fraudulento, a fim de obstar a satisfação do crédito do exeqüente, o que não se verifica na situação em exame.

Ademais, o próprio recorrido afirmou, durante a instrução do feito, que o devedor é proprietário de imóvel na praia da Armação, município de Penha, dado esse que afasta a tese de insolvência ou a torna ao menos duvidosa, e por ele defendida na contestação somente, já que não compareceu à audiência, embora intimado, e não apresentou em tempo contra-razões ao recurso, tanto que desentranhadas.

Assim, cabia ao apelado desconstituir a presunção de boa-fé inerente ao apelante, todavia, não se desincumbiu de tal ônus.

É mister realçar que a jurisprudência hodierna não mais se satisfaz com a citação apenas do devedor para considerar a venda após sua realização como fraude à execução. Impõem-se, também, que o adquirente tenha ciência adrede da situação de insolvência porque passa o devedor ou que lhe possa acarretar a demanda executória, a evidenciar, então, a má-fé na aquisição.

Mudado o que deve ser mudado:

"Agravo de instrumento -- Fraude à execução -- Alienação de imóvel pelo executado/recorrido após efetivada sua citação -- Art. 593, II, do CPC -- Ausência de patrimônio passível de penhora -- Presunção *juris tantum* de boa-fé não derruída -- Manutenção da interlocutória que condicionou a declaração da fraude à prova de que o terceiro adquirente tinha ciência da existência de execução capaz de ensejar alteração no patrimônio do devedor -- Recurso desprovido.

"A venda de imóvel pelo devedor após sua citação efetivada no feito expropriatório caracteriza fraude à execução apenas quando derruída a presunção de boa-fé do terceiro adquirente e seu patrimônio for insuficiente à garantia do juízo executivo" (Agravo de Instrumento n. 2004.029320-5, rel. o signatário, j. em 8-9-05).

E:

"Em sede de fraude à execução, a regra geral é reconhecer a boa-fé do terceiro adquirente de imóvel quando não há restrição ao direito de disposição do vendedor junto à matrícula do bem (*juris tantum*), enquanto que após a inscrição da penhora no registro respectivo, confere-se presunção *jure et jure* quanto ao prévio conhecimento da restrição ao direito de propriedade do devedor/vendedor (efeito *erga omnes*)" (Ap. Cív. n. 2001.007829-5, rel. Des. Gastaldi Buzzi, j. em 29-4-04).

Portanto, não estão configurados os requisitos para o reconhecimento da alegada fraude à execução, já que a venda ocorreu antes de efetivada a penhora. A presunção de boa-fé em favor do apelante não foi desconstituída pelo recorrido, e inexiste prova de que o devedor está reduzido à insolvência.

Decisão

Ante o exposto, dá-se provimento ao recurso para tornar insubsistente a penhora efetivada sobre o veículo de propriedade do apelante; inverte-se o ônus da sucumbência e cabe ao recorrido arcar com as custas processuais e honorários advocatícios, estes arbitrados em R$ 350,00, conforme fixados na sentença.

Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Gastaldi Buzzi e o Exmo. Sr. Des. Subst. Jânio Machado.

Florianópolis, 20 de abril de 2006.

Alcides Aguiar,
Presidente e Relator.

GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO

EMBARGOS INFRINGENTES

EMBARGOS INFRINGENTES N. 2005.003519-4, DE BLUMENAU

Relator: Des. Volnei Carlin

Embargos infringentes – Pensão graciosa – Majoração do benefício para um salário mínimo – Homenagem ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Os direitos sociais são, inquestionavelmente, um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito (CRFB, art. 1º), e trazem consigo a obrigação jurídica de assegurar a inviolabilidade dos valores espirituais e morais da pessoa humana.

É dever do Poder Público, in casu *do Ente Municipal, fundado no Estado Democrático de Direito, respeitar a dignidade da cidadã, garantindo-lhe um salário que seja capaz de atender às suas necessidades vitais básicas, ainda mais quando se trata de pessoa definitivamente incapaz.*

Caso outro fosse o entendimento, estar-se-ia homenageando apenas formalmente o postulado que adjetiva o direito à vida (art. 5º, CRFB), já que para considerá-lo efetivamente respeitado deve-se conjugar a dignidade, configurando-se o direito a uma existência digna como idéia mestra que permeia a Constituição.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos Infringentes n. 2005.003519-4, da comarca de Blumenau, em que é embargante Lilli Stefens e embargado o município de Blumenau:

ACORDAM, em Grupo de Câmaras de Direito Público, por maioria de votos, dar provimento aos embargos. Vencido o Exmo. Sr. Des. Luiz Cézar Medeiros.

Custas na forma da lei.

Relatório

Lilli Stefens opôs embargos infringentes (fls. 257 a 262) ao acórdão de fls. 248 a 251, prolatados nos autos da Apelação Cível n. 2004.011171-1, interposta pelo município de Blumenau contra a sentença lavrada nos autos da ação revisonal de pensão vitalícia por ela movida.

A embargante intentou na comarca de Blumenau ação revisional de pensão vitalícia afirmando que devido a um acidente sofrido quando criança teve seus dois braços alijados, motivo pelo qual percebe benefício assistencial da Municipalidade. Entretanto, a quantia vem de encontro ao princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que não atende ao mínimo de suas necessidades vitais. O Magistrado *a quo* acolheu o pedido, contudo, a sentença foi reformada nesta Corte.

A recorrente objetiva modificar a decisão colegiada da Segunda Câmara de Direito Público que, ao reformar a decisão *a quo*, entendeu, por maioria de votos, não fazer jus à majoração de seu benefício para um salário mínimo, por se tratar de pensão graciosa. Foi designado como relator o Exmo. Sr. Des. Newton Trisotto, vencido o Exmo. Sr. Des. Francisco Oliveira Filho.

Sem contra-razões do embargado (fl. 267). Instado, o Ministério Público manifestou-se pelo desprovimento do recurso (fls. 269 a 272).

Voto

A discussão dos presentes autos gira em torno do reconhecimento do direito de a embargante ter seu benefício majorado para um salário mínimo, mesmo se tratando de pensão graciosa.

Na inicial da ação revisional de pensão vitalícia, narrou a autora, em síntese, que aos seis anos de idade teve os dois braços amputados em face de um acidente em engenho de cana-de-açúcar (fotografia às fls. 15 a 17), e, em razão de sua deficiência física foi-lhe concedida, por meio da Lei n. 971/60, uma pensão mensal, a qual foi corroída pelas mudanças de moeda e da inflação no passar

dos tempos. O Juiz *a quo* julgou parcialmente procedente o pedido (fls. 190 a 197) para determinar ao réu o pagamento de um salário mínimo a título de pensão graciosa. Restringiu, contudo, os efeitos da decisão à data de propositura da ação, e os valores pretéritos (ajuizamento até sentença) deveriam ser pagos de uma só vez.

Mediante apelação da Municipalidade (fls. 203 a 209), este Tribunal reformou a sentença, por maioria de votos, por entender que, em se tratando de pensão concedida por mera liberalidade, não é possível o aumento dos valores (fls. 248 a 251), vencido o Exmo. Sr. Des. Francisco Oliveira Filho.

No presente recurso, pugna a embargante pelo acolhimento do pleito de infringência, com a conseqüente modificação do aresto profligado, em atenção ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, estampado no art. 1º, III, da Constituição da República Federativa do Brasil.

O aresto recorrido, da lavra do Exmo. Sr. Des. Newton Trisotto, foi assim ementado:

"Administrativo -- Pensão inferior a salário mínimo -- Concessão por mera liberalidade – Manutenção.

"Tratando-se pensão instituída por mera liberalidade, 'não se pode ampliá-la, a custa da autora do benefício, nem mesmo com base no princípio da isonomia, tanto menos quando inaplicável no caso' (RE n. 157.401, Min. Sydney Sanches)".

No voto divergente do Exmo. Sr. Des. Francisco Oliveira Filho, por sua vez, ficou consignado:

"Ementa aditiva do Des. Francisco Oliveira Filho.

"Apelação cível -- Reajuste de pensão vitalícia -- Benesse concedida através de lei municipal -- Equiparação ao salário mínimo -- Possibilidade -- Voto vencido.

"Negar o reajuste de pensão vitalícia para o patamar de 1 (um) salário mínimo seria ato irrazoável e despropositado, ante a impossibilidade da apelada em manter a si e a sua família, já que é portadora de deficiência física desde tenra idade. Sem tal majoração, improvável que consiga viver apropriadamente, suprindo as necessidades inerentes à condição humana".

Conforme se denota da cópia acostada à fl. 13, a Lei Municipal n. 971 de Blumenau, de 16 de setembro de 1960, instituiu a pensão mensal à embargante no valor de Cr$ 3.000,00 (três mil cruzeiros), cujo valor em 2000 alcançava R$ 75,42 (setenta e cinco reais e quarenta e dois centavos – fl. 32).

A Constituição da República Federativa do Brasil encampa como direito social a assistência aos de-

samparados, bem como solidifica o salário mínimo, nacionalmente unificado, como o básico capaz de atender às necessidades vitais dos trabalhadores ou de outros que visem melhorar a sua condição social:

"Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

"Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

[...]

"IV – Salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender às suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim.

Os direitos sociais são, inquestionavelmente, um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito (CRFB, art. 1º), que traz consigo o dever jurídico de assegurar a inviolabilidade dos valores espirituais e morais da pessoa humana.

O Estado Social deve assegurar a igualdade e propiciar melhores condições de vida aos economicamente fracos, reafirmando, desse modo, o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, que encontra respaldo legal na Carta Magna:

"Art. 1º 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".

Alexandre de Moraes doutrina:

"A dignidade da pessoa humana é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se em um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que apenas excepcionalmente possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.

[...]

"Esse dever configura-se pela exigência de o indivíduo respeitar a dignidade de seu semelhante tal qual a Constituição Federal exige que lhe respeitem a própria.

[...]

"Direitos sociais são direitos fundamentais do homem, que se caracterizam como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria das condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, e são consagrados como fundamentos do Estado democrático, pelo art. 1°, IV, da Constituição Federal" (*In* Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 128, 129 e 470).

Ainda sobre o assunto:

"[...] impõe-se seja ressaltada a função instrumental integradora e hermenêutica do princípio, na medida em que este serve de parâmetro para aplicação, interpretação e integração não apenas dos direitos fundamentais e das demais normas constitucionais, mas de todo o ordenamento jurídico. De modo todo especial, o princípio da dignidade da pessoa humana – como, de resto, os demais princípios fundamentais insculpidos em nossa Carta Magna – acaba por servir de referencial inarredável no âmbito da indispensável hierarquização axiológica inerente ao processo hermenêutico-sistemático, não esquecendo [...] que toda a interpretação é sistemática ou não é interpretação.

[...]

"Assim, precisamente no âmbito desta função hermenêutica do princípio da dignidade da pessoa humana, poder-se-á afirmar a existência não apenas de um dever de interpretação conforme a Constituição e dos Direitos Fundamentais, mas acima de tudo [...] de uma hermenêutica que, para além do conhecido postulado do *in dubio pro libertate*, tenha sempre presente 'o imperativo segundo o qual em favor da dignidade não deve haver dúvida'.

[...]

"Em suma, o que se pretende sustentar de modo mais enfático é que a dignidade da pessoa humana, na condição de valor (e princípio normativo) fundamental que 'atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais', exige e pressupõe o reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais de todas as dimensões (ou gerações, se assim preferirmos). Assim, sem que se reconheçam à pessoa humana os direitos fundamentais que lhe são inerentes, em verdade estar-se-á lhe negando a própria dignidade.

"[...] para a preservação da dignidade da pessoa humana, torna-se indispensável não tratar as pessoas de tal modo que lhes torne impossível representar a continência de seu próprio corpo como momento de sua própria, autônoma responsável individualidade" (Sarlet, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 74, 83, 85 a 87 e 89 e 90).

Em análise sistemática das normas legais acima expendidas, que devem ser sempre interpretadas em favor da dignidade da pessoa humana, princípio este que atrai os direitos fundamentais e pressupõe sua proteção em todas as dimensões, bem como da doutrina, denota-se que é dever do Poder Público, fundado no Estado Democrático de Direito, respeitar a dignidade do cidadão, garantindo-lhe um salário mínimo que seja capaz de atender as suas necessidades vitais básicas, ainda mais quando se trata de pessoa definitivamente incapaz.

Caso outro fosse o entendimento, estar-se-ia homenageando apenas formalmente o postulado que adjetiva o direito à vida, já que para considerá-lo efetivamente respeitado deve-se conjugar a dignidade, configurando-se o direito a uma vida digna como idéia mestra que permeia a Constituição.

Não basta, assim, conceder e efetivamente quitar a pensão, é preciso que ela corresponda minimamente às necessidades do beneficiário, sob pena de se tornar inócua.

Por fim, não se deve confundir pensão graciosa com caridade no sentido de favor, uma vez que sob a égide da Carta Constitucional os cidadãos fazem jus a uma vida digna que, se não puder ser desfrutada pela força de seu trabalho ou de sua família, deverá ser amparada pelo Estado.

Especificamente sobre o tema em debate, este Grupo de Câmaras já decidiu:

"Mandado de segurança – Pensão graciosa concedida pelo ente estadual – Portador de deficiência – Majoração para um salário mínimo – Direito social – Princípio da dignidade da pessoa humana.

"Os direitos sociais são, inquestionavelmente, os fundamentos do Estado Democrático de Direito (CRFB, art. 1º), que traz consigo o dever jurídico de assegurar a inviolabilidade dos valores espirituais e morais da pessoa humana.

"É dever do Poder Público, *in casu* o Ente Estadual, fundado no Estado Democrático de Direito, respeitar a dignidade do cidadão, garantindo-lhe um salário, já previsto em lei (Lei n. 6.175/82), que seja capaz de atender as suas necessidades

vitais básicas, ainda mais quando se trata de pessoa definitivamente incapaz" (MS n. 2005.017319-5, da Capital, rel. Des. Volnei Carlin, j. em 17-10-05).

"Mandado de segurança – Pensão especial ou graciosa – Valor não inferior ao salário mínimo nacionalmente unificado – Lei Estadual n. 6.175/82 e Constituição Estadual (art. 27, inc. I) – Direito líquido e certo existente – Concessão da ordem – Efeitos patrimoniais antes da impetração – Possibilidade – Entendimento majoritário deste Grupo de Câmaras de Direito Público.

"A pensão especial ou graciosa, consoante os termos da Lei Estadual n. 6.175/82, não pode ser inferior ao salário nacionalmente unificado, segundo os moldes definidos no art. 27, inc. I, da Constituição Estadual" (MS n. 2004.007162-0, da Capital, rel. Des. Nicanor da Silveira, j. em 13-4-05).

Por todo o exposto, dá-se provimento aos embargos infringentes para restabelecer a sentença *a quo* em todos os seus termos, notadamente garantindo o percebimento mensal pela recorrente de 1 (um) salário mínimo a título de pensão vitalícia.

Decisão

Nos termos do voto do Relator, decide o Grupo, por maioria de votos, dar provimento aos embargos. Vencido o Exmo. Sr. Des. Luiz Cézar Medeiros.

Participaram do julgamento, com voto vencido, o Exmo. Sr. Des. Luiz Cézar Medeiros e, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Vanderlei Romer, Rui Fortes, Cesar Abreu, Nicanor da Silveira, Cid Goulart e Jaime Ramos (Substituto). Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. João Fernando Q. Borrelli.

Florianópolis, 9 de agosto de 2006.

Francisco Oliveira Filho,
Presidente, com voto;
Volnei Carlin,
Relator.

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Luiz Cézar Medeiros

Votei vencido com fundamento nos argumentos do acórdão impugnado.

Luiz César Medeiros

MANDADO DE SEGURANÇA

MANDADO DE SEGURANÇA N. 2002.018813-7, DA CAPITAL

Relator: Des. Cid Goulart

Mandado de segurança — Auto de infração ambiental – Inscrição em dívida ativa – Não esgotamento da via administrativa – Recurso administrativo pendente – Efeito suspensivo – Exegese do art. 151, III, do CTN e arts. 106 e 107 do Decreto Estadual n. 14.250/82 – Nulidade caracterizada – Segurança concedida.

Verificando-se que a inscrição em dívida ativa se deu antes do julgamento do recurso administrativo interposto no intuito de buscar o reconhecimento da ilegalidade e da penalidade imposta, a nulidade da inscrição é a medida que se impõe, dada a flagrante violação ao direito líquido e certo da impetrante, uma vez que o recurso possui efeito suspensivo, impedindo a inscrição em dívida ativa antes que transite em julgado a decisão pela via administrativa.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança n. 2002.018813-7, da comarca da Capital, em que é impetrante Dalquim Indústria Química Ltda., e impetrados o Senhor Secretário da Fazenda do Estado de Santa Catarina e outros:

ACORDAM, em Grupo de Câmaras de Direito Público, por votação unânime, conceder a segurança.

Custas na forma da lei.

Relatório

Trata-se de mandado de segurança, com pedido liminar, impetrado por Dalquim Indústria Química Ltda. contra ato supostamente ilegal do Secretário de Saúde do Estado de Santa Catarina, Presidente do Conselho de Meio Ambiente (Consema/SC), Diretor da Fundação do Meio Ambiente (Fatma) e Coordenador Regional da Fatma do Planalto Serrano.

Aduz a impetrante que foi autuada pela Fatma em razão de uma suposta infração ambiental, decorrente de lançamento de efluente líquido com características químicas no Rio Índios, em desacordo com a legislação ambiental.

Da infração ambiental mencionada, foi expedida guia para pagamento de multa de R$ 10.000,00 (dez mil reais). Dessa penalidade imposta, interpôs recurso administrativo perante o Conselho de Meio Ambiente – Consema/SC.

Entretanto, antes mesmo do julgamento do referido recurso na esfera administrativa, ficou a impetrante inscrita em Dívida Ativa, situação esta que viola seu direito líquido e certo, estando ainda impedida de participar de licitações públicas, nas quais tem o seu maior interesse comercial.

Requereu liminarmente o cancelamento do débito contra si inscrito, e ao final seja concedida a segurança para decretar a nulidade da inscrição, na forma da lei.

A liminar foi deferida conforme despacho proferido pelo Exmo. Des. Volnei Carlin (fls. 94 a 96).

Devidamente notificada, as autoridades coatoras apresentaram informações, alegando preliminarmente a inexistência de direito líquido e certo da impetrada e a ilegitimidade passiva *ad causam*, porque quem lavrou o auto de infração ambiental foi o agente fiscal da Fatma, este sim contra quem deveria ter sido dirigido o *mandamus*, requerendo a extinção do feito sem julgamento do mérito, com fulcro ao art. 267, VI, do CPC.

No mérito, sustentou que a notificação lavrada encontra respaldo na lei e que não há falar em cancelamento da dívida ativa em face da existência de recurso administrativo, uma vez que a inscrição representa apenas uma etapa no procedimento de constituição de crédito tributário, não se confundindo com a efetiva cobrança, esta sim suspensa em razão da existência de recurso na via administrativa, requerendo então a revogação da liminar deferida, e ao final seja denegada a ordem.

A Douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Exmo. Sr. Dr. Procurador de Justiça Dálcio Moser, manifestou-se pela concessão da segurança.

Voto

Trata-se de mandado de segurança interposto pela empresa Dalquim – Indústria Química Ltda., na qual busca a nulidade da Inscrição em Dívida Ativa n. 251.138.330, uma vez que emitida antes do julgamento do recurso administrativo por ela interposto.

Com relação às preliminares de inexistência de direito líquido e

certo e de ilegitimidade passiva levantada pelos impetrados, estas não merecem prosperar.

Alegam os impetrados que são partes ilegítimas para figurarem no pólo passivo da demanda, uma vez que o Auto de Infração Ambiental não foi lavrado por nenhum deles, e sim por um agente fiscal, este sim parte legítima para responder a ação.

Referida alegação mostra-se descabida de qualquer fundamento, uma vez que o Auto de Infração Ambiental juntado aos autos à fl. 22 define como entidade autuante a Fundação do Meio Ambiente – Fatma. Nesse contexto, o agente fiscal que assinou o auto de infração está apenas a serviço da Fatma, que é a responsável pela autuação.

Quanto à inscrição em Dívida Ativa, esta advinda da penalidade imposta pela Fatma, foi emitida pela Secretaria de Estado da Fazenda de Santa Catarina, da qual é responsável o Sr. Secretário da Fazenda de Santa Catarina.

Conforme se verá, referida inscrição mostra-se ilegal e arbitrária, sendo, portanto, as autoridades partes legítimas para figurarem no pólo passivo do presente Mandado de Segurança.

Com relação à preliminar de inexistência de direito líquido e certo da impetrante, esta confunde-se com o mérito e será melhor analisada a seguir.

Quanto ao mérito, razão assiste à impetrante.

Consta do Auto de Infração Ambiental de fl. 22 que a impetrante foi autuada em razão de lançamento de efluente líquido, provavelmente com características químicas para o afluente do Rio Índios, estando assim em desacordo com a legislação ambiental vigente.

Da penalidade imposta, interpôs a impetrante recurso administrativo perante o Conselho de Meio Ambiente – Consema/SC, sendo que, antes do seu ulterior julgamento, a autoridade coatora a inscreveu em Dívida Ativa, contrariando assim a legislação tributária e ambiental vigentes.

Dispõe o art. 151, III, do Código Tributário Nacional:

"Art. 151. Suspendem a exigibilidade do crédito tributário:

[...]

"III -- as reclamações e os recursos, nos termos das leis reguladoras do processo tributário administrativo".

Conclui-se, pois, que, enquanto não transitar em julgado a decisão relativa ao recurso administrativo, a obrigação tributária não pode ser inscrita em dívida ativa.

Destarte, a legislação ambiental estadual também prevê que, das

sanções impostas, cabe recurso ao Conselho de Meio Ambiente – Consema/SC no prazo de 15 dias, dirigido ao Presidente do Consema e com efeito suspensivo (Decreto Estadual n. 14.250/82, arts. 106 e 107).

Senão, vejamos os citados dispositivos, *in verbis*:

"Art. 106. Das sanções impostas, cabe recurso ao Conselho de Meio Ambiente – Consema/SC, no prazo de 15 (quinze) dias, a contar da data da ciência do despacho de aplicação de penalidade.

"Art. 107. O recurso interposto por petição fundamentada dirigida ao Presidente do Conselho de Meio Ambiente, tem efeito suspensivo".

Percebe-se que a impetrante agiu dentro da mais pura legalidade, obedecendo aos preceitos legais que regem a matéria.

Ao Conselho de Meio Ambiente caberia manifestação. Somente após a decisão do Consema/SC é que haveria o trânsito em julgado da decisão, pressuposto este imprescindível à inscrição do crédito tributário em dívida ativa, conforme explicitado.

Assim, pendente, a penalidade imposta, de confirmação em sede recursal, na qual buscava a impetrante justamente a sua desconstituição, e possuindo o recurso efeito suspensivo, a inscrição da empresa impetrante em Dívida Ativa antes do julgamento do recurso mostra-se totalmente ilegal e abusiva, ferindo seu direito líquido e certo.

A propósito, colhe-se da jurisprudência catarinense:

"Processual -- Tributário -- Execução fiscal -- Exceção de pré-executividade -- Crédito tributário -- Interposição de recurso administrativo -- Suspensão da exigibilidade 1. 'A constituição definitiva do crédito tributário, desde que contestado pelo contribuinte, somente ocorre com a decisão final do processo administrativo. A partir daí, o direito de crédito, que estava suspenso em sua exigibilidade (art. 151, III, do CTN), passa a ser exigível. Desta forma, é inviável durante aquele período de suspensão a cobrança judicial do tributo respectivo' (TACSP, AC n. 419.432, Juiz Bruno Netto, in RT 657/100). 2. A interposição de recurso administrativo - in casu, pedido de reconsideração de decisão do Conselho Municipal de Contribuintes --, ainda que manifestamente inadmissível, impede a inscrição do lançamento fiscal em dívida ativa" (TJSC – Ap. Cív. n. 2002.010962-8 – Rel. Des. Newton Trisotto – j. 29-9-2003)

Evidente o direito líquido e certo da impetrante. A revogação da liminar e denegação da ordem, com a cassação da medida, poderia acarretar sérios prejuízos à impetrante que atua no ramo de indus-

trialização de produtos químicos. Ora, o requerimento envolve sua atividade empresarial, sendo que a denegação da segurança, além de ir de encontro à legislação tributária e ambiental, confirmaria a abusividade e arbitrariedade com que foi inscrita a empresa em dívida ativa, acarretando por conseqüência a impossibilidade de participação em concorrência públicas.

No caso em apreço essa orientação deve ser mantida posto que a liminar foi deferida, cancelando o débito inscrito em desfavor da impetrante, devendo agora ser confirmada a segurança.

Urge salientar que o presente *mandamus* não se presta à análise da legalidade ou não do auto de infração expedido contra a impetrante, até porque não há nos autos nenhuma prova que ateste a potencialidade lesiva da atividade por ela exercida, e nem que os resíduos são efetivamente poluentes. Referida constatação, como já observou o Ilustre Procurador de Justiça Doutor Dálcio Moser, dependerá de ação própria, esta sim adequada à apurar a ilegalidade da infração.

Ante o exposto, concedo a segurança.

Decisão

Nos termos do voto do Relator, decide o Grupo de Câmaras de Direito Público, por votação unânime, conceder a segurança, para decretar a nulidade da Inscrição em Dívida Ativa n. 251.138.330, Tributo 5797, Documento n. 01.113.644.869.

Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Francisco Oliveira Filho, Volnei Carlin, Luiz Cézar Medeiros, Vanderlei Romer, Rui Fortes, Nicanor da Silveira e Jaime Ramos. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. Dálcio Moser.

Florianópolis, 13 de setembro de 2006.

Francisco Oliveira Filho,
Presidente, com voto;
Cid Goulart,
Relator.

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

APELAÇÕES CÍVEIS

APELAÇÃO CÍVEL N. 2006.004769-7, DE CONCÓRDIA

Relator: Des. Vanderlei Romer

Responsabilidade civil. Acidente de trânsito. Veículo de propriedade do município conduzido por preposto municipal. Transporte habitual, rotineiro, de pacientes. Caracterização de prestação de serviço público. Graves lesões à autora conduzida. Inocorrência de causa excludente da responsabilização objetiva. Dever de reparar. Concorrência de culpas dos motoristas envolvidos no acidente. Presunção iuris tantum *de veracidade do boletim de ocorrência. Cabimento dos danos morais. Município de pequeno porte. Necessária moderação no* quantum *indenizatório. Recurso conhecido e provido.*

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2006.004769-7, da comarca de Concórdia (2ª Vara Cível), em que são apelantes Reneu Neise e outros, e apelado o município de Peritiba:

ACORDAM, em Primeira Câmara de Direito Público, por votação unânime, prover o recurso para fixar o dano moral em dez mil reais e os honorários advocatícios em dez por cento.

Custas na forma da lei.

Relatório

Maria Neise ajuizou ação de indenização por dano moral contra o município de Peritiba.

Aduziu, em síntese, que, ao ser transportada em veículo de propriedade do município requerido, sofreu acidente automobilístico, o que lhe resultou traumatismo cranio-encefálico e perda do olho esquerdo. Em decorrência, apresentou diversos problemas de saúde, ficou incapacitada para o trabalho e foi aposentada por invalidez. Disse que o automóvel da Municipalidade "trafegava em presumível excesso de velocidade para o local". Pleiteou, assim, reparação por dano moral, em valor a ser arbitrado pelo Juízo.

Em contestação, o réu alegou que não há prova da incapacidade laborativa da requerente nem da perda do olho esquerdo. Disse que auxiliou financeiramente a autora com as despesas médico-hospitalares. Afirmou que o seu motorista não foi o responsável pelo acidente, mas o condutor do outro veículo, que invadiu a via preferencial. Informou que a postulante se dirigia para Florianópolis a fim de fazer um tratamento para curar um câncer. Impugnou os documentos juntados, ao argumento de que não são originais nem fotocópias autenticadas. Pugnou pela denunciação da lide à empresa Novo Hamburgo Companhia de Seguros Gerais. Suscitou, ainda, o reconhecimento da culpa concorrente do outro automóvel envolvido no sinistro. Requereu, ao final, a improcedência do pedido ou, em caso de condenação, a compensação dos valores recebidos a título de seguro obrigatório.

Depois da réplica, o douto Magistrado indeferiu o pedido de denunciação da lide.

Foi certificado o falecimento da autora, ocasião em que foram habilitados nos autos os herdeiros.

Após a instrução e a apresentação de alegações finais pelas partes, sobreveio a sentença *a quo*, que julgou improcedente o pedido e condenou os autores ao pagamento das despesas processuais e dos honorários advocatícios, estes fixados em 10% sobre o valor da causa atualizado.

Inconformados, os requerentes interpuseram recurso de apelação. Repisaram que o acidente deu-se por presumível excesso de velocidade do veículo do Município requerido e que a vítima, em conseqüência do impacto, sofreu graves lesões, com seqüelas irreversíveis. Destacaram que, apesar da manifesta culpa do outro automóvel envolvido no sinistro, este poderia ter sido evitado ou atenuado se o veículo da Municipalidade trafegasse em velocidade compatível com o local. Salientaram que no caso a responsabilidade civil

do requerido é objetiva, bastando apenas a comprovação da autoria, da relação de causalidade e do resultado. Defenderam que caberia ao ente público comprovar que o automóvel oficial não transitava com excesso de velocidade, o que não o fez. Postularam, pois, a procedência do pedido, com o arbitramento da indenização almejada.

O ente público, nas contrarazões, clamou pela manutenção do *decisum*.

Instada, a douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo conhecimento e provimento do recurso.

Voto

Próprio e tempestivo, conhece-se do recurso.

O apelo merece prosperar.

O insigne Togado fundamentou corretamente sua decisão no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, que versa acerca da responsabilidade civil objetiva do Estado; contudo, equivocou-se em assentar que "a pessoa jurídica de direito público – no caso o município – só tem a obrigação de indenizar no caso de ter agido com culpa ou dolo e evidenciado o nexo causal" (fl. 105).

Ao contrário do afirmado pelo douto Julgador, a doutrina e a jurisprudência pátrias são unânimes em afirmar que, para a caracterização da responsabilidade objetiva, prescinde-se de qualquer indagação acerca da ocorrência de culpa ou dolo do servidor público, bastando a comprovação do dano e do nexo de causalidade entre o *eventus damni* e a ação ou omissão administrativa.

O mencionado art. 37, § 6º, da Constituição Federal, que retrata a Teoria do Risco Administrativo, dispõe que "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".

Significa dizer que a verificação da culpa ou dolo somente é requisito indispensável nas ações dirigidas contra o funcionário responsável, uma vez que fundamentadas em responsabilidade civil subjetiva, e não naquelas endereçadas contra o ente público, na prestação de serviço público, em que a responsabilidade civil é objetiva.

Esclareça-se que a Teoria do Risco Administrativo fundamenta-se no risco próprio da atividade, de maneira que a um administrado não é dado suportar maior ônus que aos demais membros da comunidade.

Hely Lopes Meirelles bem coloca a questão:

"A teoria do risco administrativo faz surgir a obrigação de indenizar o dano do só ato lesivo e injusto causado à vítima pela Administração. *Não se exige qualquer falta do serviço público, nem culpa de seus agentes. Basta a lesão, sem o concurso do lesado*. [...]

"*Aqui não se cogita da culpa da administração ou de seus agentes, bastando que a vítima demonstre o fato danoso e injusto ocasionado por ação ou omissão do Poder Público. Tal teoria, como o nome está a indicar, baseia-se no risco que a atividade pública gera para os administrados e na possibilidade de acarretar dano a certos membros da comunidade, impondo-lhes um ônus não suportado pelos demais*" (Direito Administrativo Brasileiro, Ed. Malheiros, 23. ed., p. 532 e 533) (sem grifo no original).

No mesmo sentido é o ensinamento do Professor Fernando Noronha:

"*Na responsabilidade objetiva, ou pelo risco, prescinde-se de indagações sobre a culpa do responsável: basta que o dano tenha acontecido durante a atividade realizada no interesse ou sob seu controle. Aqui, a imputação do ato ou fato lesivo ao responsável tem por base não a culpa, mas o risco que ele próprio criou, ou que, pelo menos, acontece dentro da sua esfera da ação*" [Responsabilidade civil de pessoas jurídicas (em especialidades) e de seus administradores, por atos destes, *in* Revista da Escola Superior da Magistratura, V, II, Florianópolis: Obra Jurídica, 1996, p. 70].

Extrai-se também da jurisprudência:

"Por força do acolhimento pela Constituição Federal da teoria objetiva no tocante à responsabilidade civil do Estado, o dever de reparar nasce, para a Administração, com a demonstração do nexo causal entre o fato e o dano" (Apelação Cível n. 1998.016902-0, rel. Des. Sérgio Paladino).

"A teoria do risco administrativo, consagrada em sucessivos documentos constitucionais brasileiros desde a Carta Política de 1946, confere fundamento doutrinário à responsabilidade civil objetiva do Poder Público pelos danos a que os agentes públicos houverem dado causa, por ação ou omissão. *Essa concepção teórica, que informa o princípio constitucional da responsabilidade civil objetiva do Poder Público, faz emergir, da mera ocorrência de ato lesivo causado à vítima pelo Estado, o dever de indenizá-la pelo dano pessoal e/ou patrimonial sofrido, independentemente de caracterização de culpa dos agentes estatais ou de demonstração de falta do serviço público*. Os elementos que compõem a estrutura e delineiam o perfil da responsabilidade civil obje-

tiva do Poder Público compreendem (a) a alteridade do dano, (b) a causalidade material entre o *eventus damni* e o comportamento positivo (ação) ou negativa (omissão) do agente público, (c) a oficialidade da atividade causal e lesiva, imputável a agente do Poder Público, que tenha, nessa condição funcional, incidido em conduta comissiva ou omissiva, independentemente da licitude, ou não, do comportamento funcional (RTJ 140/636) e (d) a ausência de causa excludente da responsabilidade estatal (RTJ 55/503 – RTJ 71/99 – RTJ 99/155 – RTJ131/417)" (STF – 1a T. – RE n. 109.615-2/RJ – rel. Min. Celso de Mello, Diário da Justiça, Seção I, 2 ago. 1996, p. 25.785) (sem grifo no original).

Na hipótese, o dano está sobejamente evidenciado pelo atestado médico de fl. 14, pelo laudo pericial de fl. 21, pela declaração de fl. 22, pela anotação médica de fl. 52 e pelos depoimentos de fls. 70 e 71, que comprovam que a vítima sofreu traumatismo cranioencefálico e perda da visão esquerda, ficando incapacitada para o trabalho e totalmente dependente dos cuidados da família, como demonstra a sentença de interdição de fls. 18 e 19.

Do mesmo modo, o nexo causal entre as lesões e o ato do ente público é claramente perceptível, visto que aquelas não se teriam verificado caso a vítima não estivesse sendo transportada no veículo da Municipalidade.

A oficialidade da conduta desenvolvida pelo Município, isto é, a prestação de serviço público, igualmente, ficou bem caracterizada, pois o próprio ente público, em contestação, afirmou que a vítima dirigia-se a Florianópolis, no veículo oficial, para fazer tratamento para curar um câncer de colo do útero.

As fichas médicas de fls. 49 a 53 ratificaram a doença da autora e, por sua vez, as testemunhas Ozair Vieira de Brito e Delmir Inácio Boll, ouvidas nas fls. 70 e 71, confirmaram ser costume do município réu transportar pacientes para a Capital.

É de se dizer que o cunho permanente da atividade desempenhada pela Municipalidade, transportando enfermos para Florianópolis, evidencia a responsabilidade objetiva, porquanto, ao disponibilizar dito serviço, assumiu a obrigação de levar e trazer a paciente incólume, sem nenhuma lesão à sua integridade física. Seria diferente, portanto, se esta tivesse pegado uma simples carona, sem nenhum caráter oficial.

Alexandre de Moraes esclarece que "a responsabilidade civil do Estado consagrada pela Constituição brasileira, apesar de objetiva, permite abrandamentos, em face da adoção da Teoria do Risco Administrativo. Assim, a responsabilidade do Es-

tado pode ser afastada no caso de força maior, caso fortuito, ou, ainda, se comprovada a culpa exclusiva da vítima, pois, nessas hipóteses, estará afastado um dos requisitos indispensáveis para a aplicação do art. 37, § 6º, da CF: nexo causal entre a ação ou omissão do Poder Público e o dano causado" (*in* Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional. São Paulo: Jurídico Atlas, 2003. p. 906).

No caso em tela, não há nenhuma referência nos autos à ocorrência de culpa da vítima, ou de caso fortuito ou força maior.

Desse modo, perfeitamente configurada está a responsabilidade civil objetiva do município de Peritiba. Inafastável, pois, é o dever de indenizar.

Embora desnecessária, como enfatizado acima, a demonstração da culpa do motorista do Município no evento, constata-se, diferentemente do consignado na sentença, que esta ficou minimamente esboçada.

O Boletim de Ocorrência de Acidente de Trânsito de fl. 24 indica que o veículo do município réu "trafegava em presumível excesso de velocidade para o local".

As graves conseqüências do impacto e a declaração do condutor do caminhão envolvido no sinistro (fl. 27), informando que, quando o seu veículo apagou sobre a pista, o carro do município requerido encontrava-se à distância de uns 300 metros, ratificam essa conclusão. Decerto, se o automóvel municipal transitasse com velocidade mais branda, poderia ter desviado do caminhão ou, pelo menos, minorado o resultado lesivo.

É cediço que o Boletim de Ocorrência é meio de prova e, mais do que isso, desfruta de presunção *juris tantum* de veracidade, somente elidível por robusta prova. Se não há, além dele, nenhuma outra prova, como ocorre na hipótese, seu relato ou sua conclusão é que irão governar o desfecho do caso.

Nesses termos, há que presumir a existência de culpa preponderante do primeiro veículo, que invadiu a via preferencial, e de culpa concorrente do automóvel da Municipalidade, que transitava com excesso de velocidade para o local.

Não é demais, a esse respeito, buscar o suprimento pretoriano:

"O laudo pericial da polícia técnica goza de presunção *juris tantum*, e só pode ser abalado por melhor prova em sentido contrário ou se for demonstrado que o mesmo está viciado ou que houve erro ou engano na sua elaboração, ante o princípio da presunção de veracidade e de credibilidade que porta" (Apelação Cível n. 2000.006385-1, Des. Dionízio Jenczak).

"O boletim de ocorrência de acidente de trânsito, elaborado por agentes da administração pública, goza de presunção *juris tantum* de veracidade e só pode ser abalado por melhor prova em sentido contrário" (Apelação Cível n. 1998.010409-2, Des. Nilton Macedo Machado).

Vê-se, assim, que, mesmo que a questão não tivesse sido estudada sob o prisma da responsabilidade objetiva, e sim ao abrigo da responsabilidade subjetiva ou aquiliana, a sentença de procedência era imperativo lógico, visto ter ficado demonstrada também a atitude culposa do motorista do município de Peritiba.

O jurista Yussef Said Cahali, a respeito da responsabilidade civil do ente de Direito Público, anota:

"Se demonstrada a culpa do agente estatal na condução do veículo oficial, não há o que se discutir quanto à responsabilidade civil da Administração pelos danos conseqüentes da colisão ou abalroamento, e isto mesmo pelo direito comum" (Responsabilidade Civil do Estado. 2. ed. ampl. rev. atual. Malheiros. São Paulo: 1995. p. 293).

Destarte, de rigor a reforma do *decisum* para conceder-se a indenização reclamada.

Dito isso, impende verificar a ocorrência de danos morais.

Tais danos dispensam a demonstração concreta do prejuízo íntimo ocasionado. É que, em sede de dano moral, o dever reparatório nasce do simples fato da violação, sendo a ofensa presumida, visto que esta nem sempre é perceptível aos demais, mas palpável unicamente àquele que a vivenciou.

Nesse sentido é a lição do mestre Rui Stoco:

"A causação do dano moral independe de prova ou melhor, comprovada a ofensa moral o direito à indenização desta decorre, sendo dela presumido.

"Desse modo a responsabilização do ofensor origina do só fato da violação do *neminem laedere*.

"Significa, em resumo, que o dever de reparar é corolário da verificação do evento danoso, dispensável, ou mesmo incogitável, a prova do prejuízo" (Responsabilidade Civil e sua Interpretação Jurisprudencial, 4. ed., São Paulo: Ed. RT, 1999. p. 722).

Não há negar o enorme abalo psicológico decorrente do cotidiano tormento a que a requerente foi submetida após o acidente. Sobressaem cristalinos nos autos os enormes danos físicos sofridos, os quais fizeram com que ela passasse a depender completamente dos familiares, situação, por si só, ensejadora do almejado ressarcimento.

Acerca dos danos morais, ensina Claxton Reis:

"Todo mal causado ao estado ideal das pessoas, resultando mal-estar, desgostos, aflições, interrompendo-lhe o equilíbrio psicológico, constitui causa eficiente para a obrigação de reparar o dano moral" (Dano Moral. 4. ed., Forense, 1995. p. 86).

Com relação à fixação do *quantum*, de natureza sabidamente compensatória e punitiva, urge ponderar.

Sabe-se que o dano moral não pode ser resolvido por meio de uma equivalência, já que é impossível indenizar os sofrimentos, que são insuscetíveis de avaliação. Todavia, ainda que não seja possível fixar com exatidão o valor que corresponda ao ressarcimento dos danos extrapatrimoniais, a reparação deverá corresponder a uma justa compensação pelas lesões sofridas. Concomitantemente, o *quantum* indenizatório deverá desencorajar a prática de novos atos lesivos pelos agentes administrativos. É conveniente, desse modo, que o juiz paute-se pelos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, levando em consideração todos os elementos que concorreram para a causa do dano e as conseqüências da lesão.

Assim, para melhor identificar a quantificação do valor indenizatório, é recomendável que se utilize como parâmetro a jurisprudência pátria como fonte formal do Direito. Salienta-se que esse procedimento não pretende "tabelar" os danos morais, mas tão-somente indicar situações semelhantes que possam servir de critérios, com vistas a uma solução mais uniforme e objetiva.

É de considerar-se, ainda, que o arbitramento passa, necessariamente, pela análise do grau de culpa do lesante, pelo nível socioeconômico do ofendido e pelo porte econômico do réu, pressupostos que, no caso concreto, conduzem a importe não muito elevado.

A vítima é pessoa de parcos recursos; contudo, a culpa do motorista do Município no evento foi leve, já que não foi o principal causador do infortúnio, e o município de Peritiba, como pessoa jurídica de direito público de pequeno porte, não deve suportar grande montante, sob pena de prejuízo à própria comunidade.

Diante dessas peculiaridades, fixa-se o montante de R$ 10.000 (dez mil reais), levando-se em conta outros precedentes da jurisprudência pátria, em especial deste Tribunal de Justiça.

O Código Civil de 1916, no art. 1.062, dispunha que a taxa de juros moratórios, quando não convencionada, caso da responsabilidade extracontratual, era de 6% ao ano.

Com o advento do novo Codex, em 11-1-2003, o art. 406 estabeleceu que "quando os juros moratórios não forem convencionados, ou o forem sem taxa estipulada, ou quando provierem de determinação da lei, serão fixados segundo a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional".

A taxa Selic é agora o índice aplicável (Apelação Cível n. 2002.003118-6, rel. Des. Nicanor da Silveira; Apelação Cível n. 2004.000170-3, da Capital, rel. Des. Newton Trisotto; Apelação Cível n. 2005.012695-2, rel. Des. Vanderlei Romer), o qual, alerta-se, compreende os juros moratórios e a correção monetária (STJ, REsp. n. 416.174, rel. Min. Luiz Fux).

Desse modo, tendo o ato ilícito gerador da responsabilização do demandado sido perpetrado em data anterior à entrada em vigor da atual codificação civil, dúvidas não restam de que os juros moratórios devem incidir no percentual de 6% ao ano até o dia 11-1-2003, inclusive, incorrendo a partir daí a taxa Selic, nos moldes do art. 406 do novo Código Civil.

No tocante à data da fixação desses juros, há de invocar-se a Súmula 54 do STJ, cuja dicção é a seguinte: "Os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual". No caso, o acidente data de 17-6-1999.

Relativamente à correção monetária, não incorre separadamente no caso, uma vez que passaria a fluir somente a partir da data do arbitramento, data do acórdão (REsp. n. 376.900/SP, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 2-5-2002), quando já incidente a taxa Selic, que, repita-se, engloba tanto os juros de mora como a correção monetária (STJ, REsp. n. 416.174, rel. Min. Luiz Fux).

Ressalta-se que foi equivocado o indeferimento da denunciação da lide à empresa Novo Hamburgo Companhia de Seguros Gerais, uma vez que ficou comprovado nos autos que a Prefeitura Municipal de Peritiba detinha apólice de seguro (fl. 48), até mesmo, resguardando-se em caso de eventuais danos morais. Citada decisão foi contrária à economia e celeridade processuais, já que o ente público terá que acionar novamente o Poder Judiciário para ver-se ressarcido; entretanto, diante do fenômeno da preclusão, impossível, neste momento, o acolhimento da medida.

Quanto às custas processuais, o município de Peritiba goza de isenção, consoante o disposto na alínea *h* do artigo 35 da Lei Complementar Estadual n. 156/97, modificada pela n. 161/97.

No que tange aos honorários advocatícios, "pacificou-se o entendimento pretoriano no sentido de que não deve o ente público,

na hipótese de sucumbir, suportar honorários de advogado acima do percentual de 10%" (Apelação Cível n. 2001.008808-8, rel. Des. Luiz Cézar Medeiros).

Nesse mesmo norte: Apelação Cível n. 1997.010104-0, da Capital, rel. Des. Sérgio Paladino, j. em 18-2-99; Apelação Cível n. 2001.022873-4, de Abelardo Luz, rel. Des. Francisco Oliveira Filho, j. em 3-6-02; Apelação Cível n. 2002.002158-0, de Blumenau, rel. Des. Luiz Cézar Medeiros, j. em 17-6-02; Apelação Cível n. 2001.006186-4, de Joinville, rel. Des. Cesar Abreu, j. em 8-8-03.

Por todo o exposto, o voto é pelo provimento do recurso a fim de que seja conferida a indenização por danos morais nos moldes acima explicitados.

Decisão

Nos termos do voto do Relator, a Câmara decidiu, por votação unânime, prover o recurso para fixar o dano moral em dez mil reais e os honorários advocatícios em dez por cento. Vencido parcialmente o Exmo. Sr. Des. Nicanor da Silveira relativamente ao termo inicial dos juros de mora.

Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Nicanor da Silveira e o Des. Subst. Newton Janke. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. Jobél Braga de Araújo.

Florianópolis, 13 de junho de 2006.

Vanderlei Romer,
Presidente e relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 2006.006118-5, DE BALNEÁRIO CAMBORIÚ

Relator: Des. Vanderlei Romer

Ação ordinária de anulação de ato administrativo c/c reintegração em cargo público com o pagamento de vencimentos. Acolhimento, na instância a quo*, de uma das prejudiciais de nulidade do procedimento. Recurso do autor e do réu, o primeiro veiculando pedido de enfrentamento de todas as questões suscitadas na exordial. Admissibilidade. Inteligência do § 2º do artigo 515 do CPC. Rejeição das de-*

mais preliminares, contudo, que se impõe. Acolhimento, de outra parte, das razões de mérito. Demissão que se afigura ato absolutamente ilegal e contrário ao acervo probatório. Inocorrência das infrações imputadas ao requerente. Admissibilidade de análise pelo Poder Judiciário.

1. Ex vi *do § 2º do artigo 515 do CPC, "quando o pedido ou a defesa tiver mais de um fundamento e o juiz acolher apenas um deles, a apelação devolverá ao tribunal o conhecimento dos demais".*

Precedente do STJ ressalta que, "conforme anota Barbosa Moreira, se o autor invocara dois fundamentos para o pedido, e o juiz o julgou procedente apenas por um deles, silenciando sobre o outro ou repelindo-o, a apelação do réu, que pleiteia a declaração de improcedência, basta para devolver ao tribunal o conhecimento de ambos os fundamentos" (RSTJ 100/153, citação da p. 154). Até porque, não fosse assim, haveria evidente prejuízo em hipótese de reforma no segundo grau, sem reexame de toda a matéria posta em debate.

2. Em princípio, ao Poder Judiciário é vedado ingressar no mérito do ato administrativo. Todavia, doutrina e jurisprudência, hodiernamente, inclinam-se pela possibilidade da apreciação da razoabilidade e proporcionalidade na aplicação desses atos por parte do administrador público.

3. "Maria Sylvia Zanella Di Pietro, na sua clássica obra Direito Administrativo, em longo exame do tema, acompanha o pensamento de Ribeiro Bastos, quando compreende o controle judicial, ao lado do princípio da legalidade, como, 'um dos fundamentos em que repousa o Estado de Direito', no pressuposto de que '[....] de nada adiantaria sujeitar-se a Administração Pública à Lei, se os seus atos não pudessem ser controlados por um órgão dotado de garantia de imparcialidade que permita apreciar

e invalidar os atos ilícitos a ela atribuídos'. Fixando a posição brasileira, Di Pietro, como todos que tratam do tema, coloca como de jurisdição una, pela qual o Poder Judiciário tem o monopólio da função jurisdicional, a atribuição de apreciar, com força de coisa julgada, a lesão ou a ameaça de lesão a direitos individuais e coletivos. Ressalta que nosso sistema se afastou do sistema de dualidade de jurisdição, em que, 'paralelamente ao Poder Judiciário, existem os órgãos do Contencioso Administrativo que exercem função jurisdicional sobre lides de que a Administração Pública seja parte interessada'. No seu entender, o '[...] fundamento constitucional do sistema da unidade de jurisdição é o art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, que proíbe a lei de excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito qualquer que seja o autor da lesão'. E mesmo o poder público poderá ser levado às vias judiciais. Os limites, em tese, inexistem, para o foco da luz do Direito. Isso porque o Poder Judiciário pode examinar os atos da Administração Pública, de qualquer natureza, gerais ou individuais, unilaterais ou bilaterais, vinculados ou discricionários, com o intuito de verlhes os aspectos da legalidade e, agora, pela Constituição de 1988, da moralidade, como, expressamente, estatuem o art. 5º, inciso LXXIII e o art. 37, e incisos" (Rubem Dário Peregrino Cunha, in *A juridicização da discricionariedade administrativa, Salvador: Vércia, 2005. p. 98 e 99).*

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2006.006118-5, da comarca de Balneário Camboriú (Vara da Fazenda Pública, Execuções Fiscais, Acidentes do Trabalho e Registros Públicos), em que são apelantes e apelados o município de Balneário Camboriú e Valdir Lóli:

ACORDAM, em Primeira Câmara de Direito Público, por votação unânime, negar provimento ao recurso do Município, prover parcialmente a remessa para assegurar o direito de compensação na condenação da verba indenizatória e dar provimento ao recurso de Valdir Lóli.

Custas na forma da lei.

Relatório

Trata-se de ação ordinária de anulação de ato administrativo c/c reintegração de cargo público com pagamento de vencimentos ajuizada por Valdir Lóli contra o município de Balneário Camboriú.

Sustentou o autor, em síntese, a ilegalidade de sua demissão do cargo de Procurador Municipal, sanção aplicada após a conclusão do Processo Administrativo n. 6.710/97, instaurado pela Portaria n. 448/97. Argüiu, primeiramente, a ocorrência de cerceamento de defesa, por indeferimento de prova tida por indispensável para a comprovação das acusações de que foi vítima. Disse, ao depois, que houve a perda dos poderes da Comissão para prosseguir no processo administrativo, diante da expiração do prazo fixado para a conclusão dos trabalhos, bem como que há impossibilidade de o servidor responder a processo administrativo enquanto estiver em gozo de licença para tratamento de interesses particulares, situação esta em que se encontrava na ocasião da instauração do processo. Alegou, de outro vértice, que a Comissão foi constituída irregularmente, uma vez que a Portaria n. 448/97 foi subscrita pelo Secretário da Administração, quando quem tinha competência para tanto era o Prefeito Municipal; sem contar que os membros da referida Comissão não poderiam dela fazer parte, porquanto detentores de cargo hierarquicamente inferior ao de procurador jurídico. E, finalmente, que a prorrogação do prazo para o fim dos trabalhos não contou com a necessária motivação e que a Portaria n. 448/97 está despida da necessária fundamentação, o que ensejou manifesto prejuízo à defesa.

No mérito, principiou por dizer que a conduta que lhe foi imputada, qual seja a desídia no desempenho de suas funções, o que teria caracterizado o abandono do cargo, deu-se de 3 de dezembro de 1992 a 29 de junho de 1993. Disse, acerca desse aspecto, que a prova oral colhida durante o processo administrativo evidencia que os procuradores eram dispensados de registrar a sua freqüência e, ainda, que tinham liberdade para efetuar estudos fora do prédio da Prefeitura, o que ocorreu no seu caso. O pedido de reconsideração, de seu turno, foi elaborado no dia 26 de junho de 1996. Nesse passo, concluiu que, tendo sido instaurado o processo administrativo somente no dia 10 de junho de 1997, acabou por caracterizar-se o perdão tácito, consoante firme jurisprudência, uma vez que competia ao Poder Público, verificada a falta, puni-la de imediato.

Também em razão do período que mediou as alegadas faltas e o início do procedimento, aduziu o autor o argumento de que "a situação jurídica entre o servidor e a administração pú-

blica já havia se consolidado" (fl. 16), o que caracterizou o perdão tácito.

Disse, também, que o pedido de representação, tido por contrário ao interesse público e à lei, consistiu, na verdade, em um pedido de levantamento de embargos que pairava sobre as obras de execução de desvio de riacho pela vala existente às margens da BR 101, obra pública e totalmente diversa daquela levada a efeito nas áreas de mangue. Insistiu que "jamais defendeu a continuidade de qualquer obra particular", referindo-se a malfadada petição tão-somente ao desvio do riacho, e foi elaborada, ademais, a partir de ofícios do Secretário do Meio Ambiente. Ressaltou, ainda, que não tratou a coisa pública com desleixo, como insinuou a Comissão.

Por esses e outros argumentos que passam a fazer parte desta suma, requereu a procedência do pedido.

O feito tramitou regularmente, culminando com a prolação da sentença, que deu pela procedência do pedido.

O autor e o réu recorreram.

O primeiro, conquanto vencedor, reeditou a argumentação deduzida na exordial e clamou pela apreciação de todas as questões que suscitou, inclusive as de mérito.

Já o Município asseverou que o fato de a Comissão ter sido constituída por servidores hierarquicamente inferiores ao acusado não enseja nulidade, à míngua de exigência legal nesse sentido.

Ofereceu, ainda, contra-razões, nas quais rebateu a pretensão recursal do autor, ao argumento de que este já se saiu vencedor, não podendo, então, ampliar os fundamentos de seu êxito. Além disso, citou exemplos no sentido de que, uma vez cabível a indenização pretendida, dela deve ser excluído o que o autor eventualmente auferiu de outro trabalho durante o afastamento do cargo de procurador do município de Balneário Camboriú.

Com as contra-razões, alçaram os autos.

Instada, a ilustrada Procuradoria-Geral de Justiça silenciou, ao entendimento de que a hipótese não comporta a sua intervenção.

Voto

O recurso é próprio e tempestivo.

Logo, clama conhecimento a par do reexame necessário.

Consoante explicitado no relatório, foram várias as irregularidades suscitadas na exordial, a começar pela própria formação da Comissão processante. E isso porque os seus membros ocupavam cargos hierar-

quicamente inferiores ao de Procurador do Município, cargo do autor.

O MM. Juiz houve por bem acolher tal argüição, o que levou à procedência da pretensão.

Fê-lo com acerto, muito embora a Lei n. 1.069/91, que dispõe sobre o Estatuto e o Plano de Carreira dos Funcionários Públicos Civis da Administração Direta, Fundacional e Autárquica do município de Balneário Camboriú, exija, em seu artigo 231, tão-somente a condução do processo administrativo disciplinar por comissão composta de três servidores estáveis, sem nenhuma menção à superioridade hierárquica de seus membros com relação ao acusado.

Sobre a supremacia do cargo ocupado pelo autor com relação aos integrantes da Comissão, não há dúvida. Ora, a evidente discrepância de nível torna discutível a lisura de tais designações.

Nos dizeres do festejado Hely Lopes Meirelles, "a comissão especial ou permanente -- há que ser constituída por funcionário efetivo, de categoria igual ou superior à do acusado, para que não se quebre o princípio hierárquico, que é o sustentáculo dessa espécie de processo administrativo" (*in* Direito administrativo brasileiro. 28. ed., São Paulo: Malheiros, 2003. p. 667).

De sua vez, leciona Diógenes Gasparini:

"As comissões processantes, permanentes ou especiais, são constituídas, em princípio, por três membros, nomeados pela autoridade que determinou a sua constituição. Seus membros devem ser de ilibada reputação pessoal e profissional e, sempre que possível, de comprovada experiência na condução do processo disciplinar. Devem ser estáveis e de categoria hierárquica, no mínimo, igual à do acusado. A estabilidade é necessária para que suas atividades não sejam fraudadas com ameaças de despedimento, e o grau hierárquico superior é relevante para a manutenção do princípio da hierarquia" (Direito administrativo. Saraiva, 1992, 2. ed., p. 595).

E, fulminando, cumpre colacionar a arguta assertiva do preclaro Desembargador Newton Trisotto, para quem "É possível afirmar que, conquanto não constitua norma escrita, trata-se de verdadeiro princípio. É oportuno anotar que 'o ordenamento jurídico, evidentemente, não se exaure naquilo que a letra da lei revela à primeira vista. Nem é menos grave o erro do julgador na solução da *quaestio juris* quando afronte norma que integra o ordenamento sem constar literalmente de texto algum' (José Carlos Barbosa Moreira, Comentários ao Código de Processo Civil, 7. ed., vol. V, p. 129). Consoa com esse entendimento Carlos Alberto Bittar (Os direitos da personalidade. Forense Universitária,

1989, 1. ed., p. 8)" (Apelação Cível n. 1998.011468-3, de Taió).

O acerto do *decisum* guerreado nesse aspecto, em princípio, tornaria dispensável a análise das demais prejudiciais suscitadas.

Todavia, como corretamente observado no apelo do requerente, *ex vi* do § 2º do artigo 515 do CPC, "quando o pedido ou a defesa tiver mais de um fundamento e o juiz acolher apenas um deles, a apelação devolverá ao tribunal o conhecimento dos demais".

Precedente do STJ ressalta que, "conforme anota Barbosa Moreira, se o autor invocara dois fundamentos para o pedido, e o juiz o julgou procedente apenas por um deles, silenciando sobre o outro ou repelindo-o, a apelação do réu, que pleiteia a declaração de improcedência, basta para devolver ao tribunal o conhecimento de ambos os fundamentos" (RSTJ 100/153, citação da p. 154). Até porque, não fosse assim, haveria evidente prejuízo em hipótese de reforma no segundo grau, sem reexame de toda a matéria posta em debate.

Bem se vê, então, que os argumentos apontados pela parte devem ser apreciados.

Passa-se, então, a enfrentar, um a um, os tópicos deduzidos na peça pórtica, exceção feita, por óbvio, à aludida irregularidade da composição da Comissão.

O primeiro diz respeito à incompetência do Secretário da Administração para instaurar a Portaria n. 448/97 e o conseqüente processo administrativo. Afirma o autor que, nomeado que foi pelo Prefeito Municipal, somente a este competiria instaurá-los.

Não lhe assiste, contudo, razão.

É que o artigo 73 da Lei Orgânica Municipal estabelece que "O Prefeito poderá delegar, por decreto, a seus auxiliares, as funções administrativas previstas em lei", enquanto que o artigo 2º do Decreto n. 2.838/97, expressamente mencionado na citada Portaria, estabelece que, "recebido o relatório com a irregularidade apontada pela Secretaria competente, a Comissão Permanente Especial, mediante Portaria do Secretário de Administração, cumprirá as seguintes fases [...]".

Tem-se, então, que a portaria de instauração foi proferida por autoridade no exercício de poder delegado, não havendo, então, repelir a apregoada irregularidade.

A segunda nulidade residiria na ausência da necessária fundamentação da tão citada Portaria n. 448/97, o que teria prejudicado sobremaneira o exercício da ampla defesa.

Diz o ato administrativo sob epígrafe que o processo foi instaurado em virtude de o indiciado "[...]

haver se manifestado de forma notadamente contrária ao interesse público e à lei em pedido judicial de reconsideração enquanto estava afastado do serviço público [...]" (fl. 44). Na seqüência, lista os dispositivos legais tidos por violados.

Segundo o autor, haveria uma imputação genérica, que não especifica em que consistiria o interesse público e a lei ofendidos. Não bastasse, posteriormente teria mudado "completamente o seu discurso" (fl. 14).

Não há negar que a Portaria, de fato, limitou-se a consignar que a conduta do autor, ao apresentar pedido de reconsideração judicial, foi de encontro ao interesse público e à lei, a qual, contudo, não foi especificada. Há, entretanto, citação do preceito legal supostamente ofendido, e, pelos termos da defesa, cuja cópia repousa às fls. 128 a 130, é palmar que o acusado tinha plena ciência do alcance das acusações.

Nesse passo, não é um despropósito afirmar que a dita irregularidade não deu azo a nenhum prejuízo ao exercício do contraditório e da ampla defesa pelo autor.

Não há, destarte, nulidade a ser reconhecida.

Deveras, firme é o entendimento pretoriano no sentido de que, inexistindo prejuízo, é aplicável o princípio *pas de nullité sans grief*.

Confira-se:

"Mandado de segurança. Administrativo. Servidor público. Demissão. Alteração da capitulação legal. Possibilidade. Pleno conhecimento dos motivos ensejadores da instauração do processo administrativo. Ausência de cerceamento de defesa. Amplo respeito aos princípios constitucionais e processuais. *Writ* impetrado como forma derradeira de insatisfação com o robusto e conclusivo desfecho do processo administrativo disciplinar. Segurança denegada" (MS n. 7.517-DF, rel. Min. Gilson Dipp).

O terceiro ponto a ser abordado refere-se à circunstância de o autor estar em gozo de licença para tratamento de interesses particulares por ocasião da instauração do processo administrativo. O argumento vem calcado no disposto no artigo 159 da Lei n. 1.069/91, segundo o qual "a licença não será concedida se o interessado estiver respondendo a processo disciplinar".

Aduziu o requerente que, muito embora o artigo 229 da legislação municipal autorize o afastamento do funcionário durante o trâmite do processo, este e assegura-lhe o direito à remuneração, o que, *in casu*, inocorreu, justamente pelo fato de se encontrar em licença, o que, também, teria ensejado a demora na conclusão do processo.

Não obstante a argumentação, a lei é absolutamente clara: "a licença não será concedida se o interessado estiver respondendo a processo disciplinar". Mas, na hipótese, o acusado já estava em gozo da licença antes da abertura do procedimento, pelo que inviável é a sua aplicação. A situação retratada nos autos é totalmente diversa.

Há, ainda, alegação de que a prorrogação do prazo para o término dos trabalhos foi desmotivada e que a sua conclusão foi extemporânea, maculando, dessa forma, todo o procedimento.

Ora, é sabido e consabido que "O excesso de prazo verificado na conclusão do processo administrativo não constitui irregularidade capaz de invalidar a decisão" (MS n. 8.877/SDF, rel. Min. Felix Fischer).

Ainda: "O excesso no prazo de conclusão do processo administrativo disciplinar não constitui irregularidade capaz de prejudicar a decisão final. Precedentes" (MS n. 7.748/DF, rel. Min. Vicente Leal).

Merece especial menção o voto do Ministro Fernando Gonçalves proferido no Recurso em Mandado de Segurança n. 7.791.

Conquanto o julgado refira-se à extrapolação de prazo para a conclusão de inquérito administrativo, não há ignorar a lucidez com que apreciou a questão: "Está correto o acórdão quando afirma que o esgotamento do prazo para conclusão do inquérito administrativo não invalida o procedimento, sendo certo que a previsão legal para o seu encerramento é de caráter meramente programático, sem qualquer conseqüência quanto à sua eficácia. Efetivamente, não há nenhuma impropriedade na eventual dilatação de um ou outro prazo, *máxime quando se tem em mira a apuração da verdade real* [...], pois a superação do tempo fixado não importa em extinção da competência da autoridade administrativa para conhecer e decidir sobre o processo disciplinar. O prazo estabelecido na lei local, como acentua o *Parquet* Federal, é de caráter interno, a ser observado pela Administração 'e não aproveita a parte, que só tem a seu favor a invocação da norma disciplinadora da prescrição das sanções administrativas' (fl. 74)".

De outra parte, consoante exsurge do documento de fl. 1.154, consistente na conclusão da Comissão, "todo o excesso de prazo foi em benefício do indiciado, já que este se deu em razão da produção das provas documentais e testemunhais pela defesa requisitadas" (fl. 1.163). Vale, ainda, dizer que o autor já estava afastado de suas funções por encontrar-se na fruição de licença, de sorte que a demora na conclusão justificaria, quando muito, o seu retorno ao trabalho, se tivesse sido afastado cautelarmente.

Cai por terra, assim, o argumento de que a prorrogação do prazo teria sido feita a esmo, sem justificativa plausível.

A igual destino está fadada a alegação de que houve cerceamento de defesa por indeferimento da prova.

Sustenta o requerente, sob esse aspecto, que o pedido de reconsideração, tido por contrário ao interesse público e à lei, não apresenta tal eiva. Asseverou, ainda, que não pode o Presidente da Comissão tomar decisões isoladamente e, mais, que o indeferimento das provas postuladas foi-lhe evidentemente prejudicial, "primeiro, porque foram requeridas a tempo e modo, com a indicação de quesitos; segundo, porque destinavam-se a constituir provas necessárias no presente processo; terceiro, porque o fez isoladamente, sem a participação dos demais membros da comissão; quarto, porque o fez desfundamentadamente, simplesmente mencionando, mostrar-se impertinentes" (*sic*, fl. 10).

Lendo-se a defesa oferecida na esfera administrativa, tem-se que o autor, a fim de comprovar que não se manifestou de forma contrária ao interesse público e à lei ao formular o malfadado pedido de reconsideração, pugnou pela ouvida de Antônio Schauffert, Milton Luis Bastos, José Anatólio de Oliveira e Maurício Jum Yassaka; pela formação de uma banca de juristas para que respondessem a uma série de quesitos, formulados com o intento de demonstrar a veracidade do alegado; e, finalmente, pela juntada da cópia integral da Ação Civil Pública n. 191/96 (fl. 128 e 129).

Deferiu-se apenas a oitiva das testemunhas (fl. 131).

Posto isso, urge dizer que a competência do Presidente da Comissão para denegar pedidos considerados impertinentes, meramente protelatórios ou de nenhum interesse para o esclarecimento dos fatos, está sacramentada pelo § 1º do artigo 238 da Lei n. 1.069/91. Vê-se, então, que ele tem poderes para deferir, ou indeferir, os pedidos de provas, *sponte sua*, pelo que é dispensável o pronunciamento dos demais membros da Comissão.

No tocante ao indeferimento da prova propriamente dita, é firme o entendimento jurisprudencial de que apenas se comprovados os prejuízos porventura advindos de tal decisão administrativa se pronuncia a nulidade.

Vejam-se:

"É firme o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que somente se declara nulidade de processo administrativo quando for evidente o prejuízo à defe-

sa. Precedentes" (RMS n. 13.144/BA, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima).

"Administrativo. Processo disciplinar. Demissão. Ausência. Nulidade. Cerceamento de defesa. Portaria. Intimação. Oitiva. Testemunhas. Indeferimento. Prova testemunhal. Defesa. Inocorrência. Prescrição da pretensão punitiva. Faltas administrativas. Diversidade. Ilícito penal.

[...]

"2. Não importa em nulidade o indeferimento, motivado, do requerimento de prova testemunhal, em face do caráter protelatório da medida, tampouco a falta de produção de prova pericial não requerida pelo impetrante e, em princípio, desnecessária.

[...]

"5. Segurança denegada" (MS n. 7.773/DF, rel. Min. Fernando Gonçalves).

Em igual norte: MS n. 8.027/DF, rel. Min. Vicente Leal.

Logo, a nulidade é declarável se evidenciada a ocorrência de prejuízo à defesa do servidor. Na espécie, este sustenta que, mediante a prova abortada, poderia comprovar a veracidade de suas alegações.

Contudo, não é o que evidenciam os autos.

Há atentar, ainda, para o fato de que os documentos requisitados poderiam ter sido perfeitamente fornecidos pelo autor. Este consigna que "a comissão preferiu deixar às custas do acusado a produção de tais provas, não se importando com o fato de que o autor não possuía mais os dados relativos a cada processo em que atuou, lembrando-se de apenas alguns" (fl. 11).

Ora, se elas eram de seu interesse, ou seja, se acreditava que elas pudessem auxiliá-lo, cumpria-lhe providenciá-las, o que, repita-se, poderia ter feito e, aliás, acabou por fazer, porque são várias as peças processuais que subscreve trazidas ao compêndio processual de 12 volumes, os quais, em sua maioria, estão compostos de provas documentais.

Demais disso, não especificou o que pretendia demonstrar com a documentação, sendo esse, sem sombra de dúvida, o motivo mais relevante para o indeferimento.

Quanto à "formação de uma banca de juristas", ficou assinalado no despacho de indeferimento que a Comissão não tinha poderes para tanto, tampouco havia previsão legal.

É forçoso reconhecer, ainda, que, pelos termos do relatório da Comissão, a prova postulada era despicienda, porquanto o fator determinante para apreciar-se o pedido de reconsideração, a ser analisado de forma mais detida oportunamente, foi

o fato de que o autor buscou, na verdade, defender os interesses de um particular, que, ao que consta, estaria edificando em área reconhecidamente de preservação permanente.

Não se compreende de que forma a prova indeferida, juntada de documentos e formação de uma "banca de juristas" poderia modificar tal convicção.

Igualmente improcedente é a alegação de que, transcorridos mais de seis meses entre a elaboração do pedido de reconsideração e a expedição da portaria que deu início ao procedimento administrativo, ter-se-ia operado o perdão tácito.

Sobre o perdão tácito, assim se posiciona a doutrina:

"Opera-se o perdão tácito quando, verificando-se a ocorrência de uma falta disciplinar, não atua o empregador de forma imediata, deixando transcorrer tempo razoável entre o fato punível e o momento da aplicação da sanção que lhe é conseqüente.

[...]

"Retardar o empregador a aplicação da penalidade ao trabalhador faltoso implica, portanto, em ofensa ao princípio da imediatidade, acarretando, assim, o reconhecimento do perdão tácito" (Nóbrega, Airton Rocha. Perdão tácito e regime disciplinar dos servidores públicos. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 2, n. 23, jan. 1998. Disponível em:<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=403>. Acesso em: 22 jun. 2004).

Entretanto, consoante arguta observação do Ministro Paulo Medina, lançada no voto condutor do Recurso Especial n. 16.173/SP, "Não se pode dar ao perdão tácito abrangência absoluta. Para que ocorra, não basta o mero decurso de 'prazo razoável'. Além do quesito temporal, é preciso haver comportamento da administração incompatível com a pena disciplinar, sob pena de redução dos prazos prescricionais a um *quantum* indeterminado, ao arrepio da lei".

Ora, o fato de a Administração ter deflagrado o processo administrativo apenas seis meses após a formulação do pedido de reconsideração não caracteriza, a toda prova, comportamento incompatível com a intenção de punir o funcionário faltoso. Cuida-se, aliás, de prazo temporal bastante exíguo, máxime se se considerar que a ação disciplinar, no município de Balneário Camboriú, prescreve em 5 (cinco) anos (art. 224 da Lei Municipal n. 1.069/91).

No mais, o autor insiste que não atuou contra o interesse público ao formular o malfadado pedido de reconsideração e, ainda, que não há previsão legal da pena de demissão "frente às hipotéticas acusações". As-

segurou que formulou tal pedido com base em ofícios de Leir José Werner, o qual foi reintegrado em seu cargo após a propositura de Ação de Reconhecimento de Direito n. 005.98.006771-0. Argumenta, ainda, que não há prova da inassiduidade. Sustenta que os depoimentos colhidos durante o trâmite do processo administrativo teriam evidenciado justamente o contrário.

Antes de analisar o acervo probatório, cumpre verificar se a pertinência das alegações do autor autoriza a procedência do pedido.

Essa observação é de suma importância, porque não é dado ignorar o entendimento jurisprudencial correntio de que ao Poder Judiciário é vedado ingressar no mérito do ato administrativo.

Exemplificando: "em relação ao controle jurisdicional do processo administrativo, a atuação do Poder Judiciário circunscreve-se ao campo da regularidade do procedimento, bem como à ilegalidade do ato atacado, sendo-lhe defesa qualquer incursão no mérito administrativo, a fim de aferir o grau de conveniência e oportunidade" (RMS n. 19.694/MS, rel. Min. Gilson Dipp).

Todavia, doutrina e jurisprudência, hodiernamente, inclinam-se pela possibilidade de o Judiciário apreciar, ainda que de forma excepcional, a razoabilidade e a proporcionalidade do ato administrativo.

Rubem Dário Peregrino Cunha, alicerçado nos ensinamentos de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, levou a efeito judicioso estudo sobre o tema, na obra "A juridicização da discricionariedade administrativa (Salvador: Vércia, 2005. p. 98 e 99):

"Maria Sylvia Zanella Di Pietro, na sua clássica obra Direito Administrativo, em longo exame do tema, acompanha o pensamento de Ribeiro Bastos, quando compreende o controle judicial, ao lado do princípio da legalidade, como, 'um dos fundamentos em que repousa o Estado de Direito', no pressuposto de que '[....] de nada adiantaria sujeitar-se a Administração Pública à Lei, se os seus atos não pudessem ser controlados por um órgão dotado de garantia de imparcialidade que permita apreciar e invalidar os atos ilícitos a ela atribuídos'. Fixando a posição brasileira, Di Pietro, como todos que tratam do tema, coloca como de jurisdição una, pela qual o Poder Judiciário tem o monopólio da função jurisdicional, a atribuição de apreciar, com força de coisa julgada, a lesão ou a ameaça de lesão a direitos individuais e coletivos. Ressalta que nosso sistema se afastou do sistema de dualidade de jurisdição, em que, 'paralelamente ao Poder Judiciário, existem os órgãos do Contencioso Administrativo que exercem função jurisdicional sobre lides de que a Administração Pública seja parte interessada'. No seu entender, o '[...] fundamento cons-

titucional do sistema da unidade de jurisdição é art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, que proíbe a lei de excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito qualquer que seja o autor da lesão'. E mesmo o poder público poderá ser levado às vias judiciais. *Os limites, em tese, inexistem, para o foco da luz do Direito. Isso porque o Poder Judiciário pode examinar os atos da Administração Pública, de qualquer natureza, gerais ou individuais, unilaterais ou bilaterais, vinculados ou discricionários, com o intuito de ver-lhes os aspectos da legalidade e, agora, pela Constituição de 1988, da moralidade, como, expressamente, estatuem o art. 5º, inciso LXXIII e o art. 37, e incisos*" (sem grifo no original).

O julgado a seguir transcrito bem sintetiza essa orientação:

"Administrativo. Mandado de segurança. Membro do Ministério Público Estadual. Demissão. Estágio probatório. Inidoneidade. Apuração em processo administrativo disciplinar. Regularidade. Verificação. Súmula 7/STJ. Violação ao art. 535 do CPC. Inexistência. Fundamentos suficientes para o *decisum*. Princípio da proporcionalidade e razoabilidade. Verificação da correspondência entre a pena aplicada e a conduta praticada. Possibilidade de controle pelo Judiciário. Precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal. Agravo desprovido" (AG n. 573.555, rela. Mina. Laurita Vaz).

No corpo do aresto, ressalta-se que:

"Em recentes decisões, esta Corte Superior de Justiça, bem como o Supremo Tribunal Federal, tem admitido a possibilidade de o Poder Judiciário apreciar, excepcionalmente, a razoabilidade e a proporcionalidade do ato praticado pela Administração. Nesse sentido, transcrevo as judiciosas considerações da lavra do Min. Hélio Quaglia Barbosa, constantes do voto prolatado no MS n. 7.983/DF, publicado no DJU de 30-3-2005, in verbis: 'Sob tal ótica e dentro da vertente da razoabilidade, não se antecipe crítica alicerçada em que ao juiz não caiba, por entender que a valoração específica do administrador se confronte com a sua, do que é razoável, a partir de parâmetros variáveis dentre os quais oscilam os *standards* de aceitabilidade, substituir o juízo de valor do administrador; porque, ainda assim pensando – e com razão irreprochável –, tal não inibe o desfazimento do ato, na via judicial, ou que se lhe anteponha obstáculo, caso iminente a sua prática, porquanto, afinal, a detectada falta de congruência lógica entre as situações postas e as decisões administrativas afronta, sim, verdadeiramente, ao próprio princípio da legalidade, não somente

ao da razoabilidade. Este, com efeito, tem fundamento e base de sustentação nos princípios maiores, da legalidade e da finalidade, os quais, por si, bastariam para ferretear uma providência desarrazoada. Porque 'uma providência desarrazoada', consoante magistério de Celso Antônio, 'não pode ser havida como comportada pela lei. Logo, é ilegal; é desbordante dos limites nela admitidos' (Curso de Direito Administrativo, ed. Malheiros, São Paulo. 1993. p. 55). Idêntica linha de raciocínio subsidia a consagração e a aplicação do princípio da razoabilidade, também em sede do controle jurisdicional dos atos administrativos, tomando em consideração que referido princípio se põe a campo e há de operar, naqueles casos em que se manifeste a prática de atos viciados por excesso ou desvio de poder, ou quando haja sinalização convincente de que estão prestes a ser praticados, caracterizando comportamento administrativo ilegítimo, bem por isso, suscetível de correção pela via judicial'. Ainda nesse sentido, confiram-se os seguintes precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal: 'Ementa: Administrativo. Recurso em mandado de segurança. Servidor público. Demissão por ato de improbidade. Princípio da proporcionalidade. Pena menos severa. O órgão do Ministério Público, que oficiou na instância de origem como *custus legis* (art. 10 da Lei n. 1.533/51), tem legitimidade para recorrer da decisão proferida em mandado de segurança. Embora o Judiciário não possa substituir-se à Administração na punição do servidor, pode determinar a esta, em homenagem ao princípio da proporcionalidade, a aplicação de pena menos severa, compatível com a falta cometida e a previsão legal. Este, porém, não é o caso dos autos, em que a autoridade competente, baseada no relatório do processo disciplinar, concluiu pela prática de ato de improbidade e, em conseqüência, aplicou ao seu autor a pena de demissão, na forma dos artigos 132, inciso IV, da Lei n. 8.112/90, e 11, inciso VI, da Lei n. 8.429/92. Conclusão diversa demandaria exame e reavaliação de todas as provas integrantes do feito administrativo, procedimento incomportável na via estreita do *writ*, conforme assentou o acórdão recorrido. Recurso ordinário a que se nega provimento.' (STF, RMS 24.901/DF, 1ª Turma, rel. Min. Carlos Britto, DJ de 11-2-2005). 'Administrativo. Mandado de segurança. Policial rodoviário federal. Processo administrativo disciplinar. Controle jurisdicional. Princípios da proporcionalidade e razoabilidade. Demissão. Ilegalidade. Concessão da segurança. 1. O controle jurisdicional em mandado de segurança é exercido para apreciar a legalidade do ato demissionário e a

regularidade do procedimento, à luz dos princípios do devido processo legal, contraditório e ampla defesa, bem como a proporcionalidade da sanção aplicada com o fato apurado. Precedentes. 2. A conduta do impetrante não se ajusta à descrição da proibição contida no art. 117, inciso XI, da Lei n. 8.112/90, tendo em vista que a Comissão Processante não logrou demonstrar que o servidor tenha usado das prerrogativas e facilidades resultantes do cargo que ocupava para patrocinar ou intermediar interesses alheios perante a Administração. 3. Ordem concedida, para determinar a reintegração do impetrante ao cargo público, sem prejuízo de eventual imposição de pena menos severa, pelas infrações disciplinares porventura detectadas, a partir do procedimento administrativo disciplinar em questão' (MS 9.621/DF, 3ª Seção, da minha relatoria, julgado na Sessão do dia 13-4-2005). 'Recurso em mandado de segurança. Administrativo. Despachante de trânsito estadual. Infração a dispositivos do Decreto n. 2.540/80. Cassação de licença. Limitação do Poder Judiciário. Princípio da proporcionalidade. Ausência de direito líquido e certo. Cuidando-se de mandado de segurança impetrado contra ato disciplinar, o exame da controvérsia pelo Poder Judiciário, na espécie, está limitado à averiguação da proporcionalidade entre a penalidade aplicada e a falta apurada. O Decreto n. 2.540/80 não explicita quais seriam as penalidades de natureza leve ou grave para fins de aplicação das penalidades previstas. Existência de apuratório regular (sindicância) e análise da ficha funcional do impetrante para determinar a aplicação da penalidade de cassação de licença, não se vislumbra o alegado direito líquido e certo. Recurso desprovido' (RMS 13.827/PR, 5ª Turma, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJ de 3-2-2003). Confiram-se, ainda, os seguintes julgados desta Corte, nos quais foi apreciada a questão relativa à proporcionalidade da sanção imposta e o fato praticado: RMS n. 15.554/SP, 5ª Turma, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJ de 1º-9-2003; RMS n. 14.170/AP, 1ª Seção, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ de 7-4-2003; RMS n. 13.617/MG, 2ª Turma, de minha relatoria, DJ de 22-4-2002; RMS n. 10.895/ES, 5ª Turma, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJ de 13-10-2003; MS n. 8.106/DF, 3ª Seção, rel. Min. Vicente Leal, DJ de 28-10-2002. *Conclui-se, portanto, que, nos termos da jurisprudência dominante nos tribunais superiores, a Corte de origem ao anular a demissão imposta ao impetrante, por entender não haver a necessária proporcionalidade entre o fato apurado e a pena aplicada, agiu dentro dos limites permitidos, pelo princípio da proporcionalidade, de controle judicial do ato administrativo* (sem grifo no original).

Nesse passo, urge concluir que, ainda que o processo administrativo tenha-se desenvolvido de forma regular, uma vez caracterizada de forma inequívoca a inadequação da pena aplicada, possível que se proceda a sua anulação.

É imperativa, destarte, a apreciação dos elementos probatórios.

Pois bem, cópia da Portaria SAD-GSAD n. 448/97, que instaurou o processo administrativo contra Valdir Lóli, repousa à fl. 44. Dela extrai-se que ele foi indiciado "por haver [...] se manifestado de forma notadamente contrária ao interesse público e à lei em pedido judicial de reconsideração enquanto estava afastado do serviço público (licença sem remuneração para tratamento de interesses particulares), *infringido o art. 195, I, da Lei n. 1.069/91* [...]" (sem grifo no original). Constou do ato, ainda, que não haveria prova da sua freqüência nos períodos em que exerceu cargo de provimento efetivo, assim especificados -- 3-12-92 a 29-6-93, 29-3-96 a 1º-5-96 e 4-10-96 a 20-12-96.

A ação civil pública a que se reporta a Portaria foi autuada sob o n. 191/96 e foi proposta pelo Ministério Público com o escopo de paralisar a execução de obras no leito do Rio Camboriú. O autor obteve a liminar, o que ensejou pedido de reconsideração pelo Município, tido pela Comissão, no relatório conclusivo, como contrário ao interesse público "e contra lei que a municipalidade tem o dever de observar e fiscalizar, defendendo, sem conhecimento, autorização ou determinação de seu superior hierárquico [...]" (fl. 1.177).

A decisão acatou a manifestação, bem como a tipificação da conduta, qual seja infração ao dever do funcionário de "preservar os princípios, ideais e fins do serviço público (art. 195, I, da Lei n. 1.069/91) e praticando improbidade administrativa (art. 214, IV, da Lei n. 1.069/91)" (fl. 1.183).

Essa conclusão, todavia, afigura-se equivocada e contrária à prova dos autos, tanto do processo judicial como do administrativo.

A ação civil pública foi ajuizada contra o município de Balneário Camboriú e Antônio Schauffert, em virtude da construção de uma marina em área de preservação permanente. A liminar foi concedida para determinar a imediata paralisação da obra (fl. 1.326). Seguiu-se o malfadado pedido de reconsideração, subscrito pelo indiciado, no qual se assinala a imperiosidade da execução das obras, que estariam sendo feitas pelo Poder Público. Juntou com a respectiva petição cópia de laudo da Secretaria do Meio Ambiente (fl. 1.332).

No depoimento prestado nos autos da presente ação, Luis Vilmar de Castro corroborou a alegação

de que a obra era necessária, chegando a dizer textualmente que: "a prefeitura entendia que a obra era importante, razão pela qual pleiteou a reconsideração dos embargos; que o professor Leir Werner era Secretário do Meio Ambiente na época e procurou o depoente para reverter a situação dos embargos, sendo este autorizado a procurar a Procuradoria de Justiça; que o depoente tem certeza de ter telefonado para a Procuradoria autorizando o pedido de reconsideração [...]".

São do mesmo teor as declarações de Darci Rogério Muniz, Procurador do Município à época dos fatos (fl. 1.784). Ele confirma inclusive ter recebido, por telefone, a informação de que o embargo da obra deveria ser levantado, em virtude de um parecer favorável do meio ambiente.

Mais elucidativo ainda é o depoimento de Antônio Schauffert Júnior, requerido na ação civil pública. Assinalou que "foi intimado numa ação porque se pensava que a obra era do depoente; que o advogado do depoente explicou que a obra era da prefeitura em terras da União; que o imóvel do depoente era tão-somente vizinho; que o depoente sabe que o autor intercedeu no processo para comunicar que a obra era do Município e não do depoente; que nunca procurou o autor para que ele lhe defendesse no mencionado processo; que também nunca ofereceu vantagem ou propina para o autor; que o depoente acredita que a obra seria benéfica para a praia e conseqüentemente para ele; que a obra estava sendo feita para decantação e limpeza da água que a Casan despejou no rio; que o imóvel não é de mangue sendo a 200 metros do rio, que o depoente nunca conversou com o autor sobre o projeto" (fl. 1.786).

Nos autos do processo administrativo, de sua vez, não há absolutamente nada que corrobore a acusação. Dimana, ademais, do depoimento transcrito, que o autor não intercedeu em favor de Antônio Schauffert Júnior.

A par do exposto, há atentar para os termos do pedido de reconsideração (fl. 33). O texto está repleto de termos técnicos, sendo certo que foi embasado em estudo levado por profissional qualificado. Deveras, o teor do documento evidencia que as conclusões ali constantes não resultaram do entendimento do requerente sobre o tema.

No que respeita à inassiduidade, a prova é gritantemente favorável ao autor, até mesmo aquela constante do processo administrativo.

Vale relembrar os períodos em que teria havido a inassiduidade: 3-12-92 a 29-6-93; 29-3-96 a 1º-5-96 e 4-10-96 a 20-12-96.

Neiva Terezinha Martelli Na-

der, Procuradora do Município, esclareceu que "de 3-12-92 a 29-6-93 não havia exigência que os procuradores registrassem sua freqüência e estes tinham maior liberdade de efetuarem estudos fora do prédio da prefeitura; que o acusado possuía computador em casa e trazia as petições prontas; que no período de 29-3 a 1º-5-96 o servidor acusado apresentou-se na procuradoria fiscal e por não haver espaço físico, mobiliário e computador ele retirava processos e atuava em outro recinto que não do executivo fiscal; que de 4-10 a 20-12-96 o acusado, pelos mesmos motivos, não ficava na procuradoria fiscal, mas continuava ajuizando ações executivas; nestes dois últimos períodos mencionados o registro de freqüência se fazia necessário [...]" (fl. 66).

Manoel Olidingo Domingos e Marli Testoni atestaram, por igual, a atuação do autor na área de executivo fiscal, o qual elaborava peças (fls. 67 e 69), tendo até mesmo formado uma equipe para tal fim. Ambos salientaram a falta de espaço físico no setor, o que justifica a não-permanência do requerente no interior do departamento jurídico, mas dão conta de que ele laborava fora da repartição.

Comprovando a intensa atuação do requerente, tem-se, ainda, os depoimentos de Domingos Raiser (fl. 64), José Edemir Medeiros (fl. 165), Darci Rogério Muniz (fl. 167), Maike Renate Reinart (fl. 172), Maurício Jum Yassaka (fl. 202), Alonso Manoel Pereira (fl. 203), Alex Howe (fl. 205).

Também a prova documental confirma o exercício efetivo do autor nos períodos especificados.

No que toca ao período de 3-12-92 a 20-6-93, há amplo acervo documental comprovando a elaboração de peças e pareceres. É salutar a especificação das datas em que foram produzidos: 15-2-93 (fl. 265); 4-3-93 (fl. 276); 4-3-93 (fl. 277); 10-3-93 (fl. 290); 15-3-93 (fl. 296); 25-4-93 (fl. 340); 10-5-93 (fl. 355) 27-5-93 (fl. 402); 19-7-93 (fl. 432); 13-12-92 (fl. 1.137); 5-8-92 (fl. 1.141); 28-1-93 (fl. 1.205); 29-1-93 (fls. 1.220); 15-2-93 (fl. 1.228); dentre outros. Há, ainda, certidão lavrada pela Escrivã Judicial da Vara da Fazenda Pública, Família e Infância da comarca de Balneário Camboriú, que ratifica a atuação do autor como procurador no período em tela.

No que se refere ao período de 29-3-96 a 1º-5-96, tem-se as petições iniciais de execuções fiscais ajuizadas em 15-10-96 (fls. 466, 468, 470, 472, 474, 476, 478).

Finalmente, com relação ao período de 4-10 a 20-12-96, o próprio relatório da Comissão Processante menciona que as informações arquivadas no setor de Execução

Fiscal acusam a preparação de petições e CDAs para futuro ajuizamento. Reporta-se, ainda, ao depoimento das testemunhas ouvidas, praticamente uníssonas no sentido de que o autor desenvolvia ampla atividade em vista do ajuizamento das execuções fiscais.

Nesse passo, acabou por concluir pela absoluta ausência de prova inconcussa de que o servidor havia-se afastado do serviço por mais de 30 (trinta) dias, a caracterizar o abandono de cargo.

A despeito disso, concluiu-se pela sua caracterização, em total desprezo ao contido na esmagadora maioria dos depoimentos prestados.

Não se pode olvidar, ainda, que há fortes indícios de que o ato de demissão foi motivado por razões políticas, conforme se infere da prova oral.

Todo o exposto permite afirmar, com segurança, que a demissão do autor foi ilegal, não havendo subsistir. Logo, a sua reintegração no cargo de Procurador Municipal é medida de rigor, com a percepção dos valores atinentes ao período em que permaneceu afastado e todos os seus consectários legais.

Entretanto, há que observar o que segue.

Deduziu o município de Balneário Camboriú, já na fase recursal, pedido de compensação do valor da condenação com os rendimentos resultantes do exercício de trabalho de qualquer natureza obtidos pelo autor durante o seu afastamento (fl. 1.881).

Esse requerimento teria lugar na contestação ou mesmo em sede de reconvenção. Mas isso não ocorreu.

Nada obstante, atento ao fato de que o veredicto está sujeito ao reexame necessário, que beneficia o ente público, a questão deve ser enfrentada.

Não há prova segura do exercício de outra atividade profissional remunerada no período do afastamento do servidor Valdir Lóli, e sabido e ressabido é que isso deveria ter sido feito a contento nesta fase de conhecimento.

O que se tem é pura e simplesmente o possível enriquecimento ilícito, no caso de procedência da ação, por trabalho exercido *como advogado, no período do afastamento, nas comarcas de Balneário Camboriú e Porto Belo, inclusive como causídico do município de Bombinhas, Santa Catarina* (fl. 1.881).

Logo, é exclusivamente a isso que se pode ater eventual pedido de compensação. Tal compensação

não comportará maiores dilações probatórias ou delongas processuais, como a liquidação por artigos (art. 608 do CPC), sob pena de se estimular a chicana e a protelação no cumprimento do julgado. Caberá ao município de Balneário Camboriú, à época do cálculo, fazer a prova documental, de forma objetiva e precisa, mediante documento das fontes pagadoras, da percepção dos valores a serem compensados, respeitado, por óbvio, o crivo do contraditório.

Assim, nega-se provimento ao recurso do Município, provê-se parcialmente a remessa para assegurar o direito de compensação na condenação da verba indenizatória e dá-se provimento ao recurso de Valdir Lóli.

Decisão

Nos termos do voto do Relator, a Câmara decidiu, por votação unânime, negar provimento ao recurso do Município, prover parcialmente a remessa para assegurar o direito de compensação na condenação da verba indenizatória e dar provimento ao recurso de Valdir Lóli.

Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Substitutos Newton Janke e Carstens Köhler. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. Guido Feuser.

Florianópolis, 1º de junho de 2006.

Vanderlei Romer,
Presidente e Relator.

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

APELAÇÕES CÍVEIS

APELAÇÃO CÍVEL N. 2006.009205-6, DE JOINVILLE

Relator: Des. Francisco Oliveira Filho

Infortunística – Revisão de auxílio-acidente – Obreiro não intimado para responder apelo – Pas de nullité sans grief – Veredicto ultra petita – *Acolhimento de questão não suscitada – Arts. 2º, 128 e 460 do CPC – Possibilidade de saneamento sem prejuízo da parte hígida – Pretensão de incidência do art. 201, § 2º, da Magna Carta – Benefício que não substitui integralmente os rendimentos do segurado – Princípio da dignidade humana – Art. 1º, III, da CF – Fundamento do Estado Brasileiro – Impossibilidade de o auxílio-acidente atingir o valor ínfimo – Perda de finalidade – Correspondência ao percentual equivalente do salário mínimo – Interpretação sistêmica e principiológica – Acolhimento parcial – Provimento integral do apelo do INSS e parcial do segurado.*

A ausência de intimação de um dos apelados para responder à irresignação somente gera nulidade caso o julgamento imediato em grau recursal não lhe for mais benéfico, segundo o princípio pas de nullité sans grief.

É ultra petita *o* veredicto *que aprecia e rejeita os pedidos formulados na peça inaugural e constitui direito,* ex officio*, sobre o qual sequer houve debate durante o procedimento, com infringência aos arts. 2º, 128 e 460 do Diploma Processual. Todavia, "quando possível, a decisão deve ser anulada apenas na parte que extrapola o pedido formulado" (REsp. n. 263.829).*

A regra estabelecida no art. 201, § 2º, da Lex Mater *não se aplica ao auxílio-acidente, pois esse somente lhe busca compensar a considerável diminuição do poder laboral, que presumidamente causa redução em rendimentos, porque a sua finalidade não é substituir a renda do obreiro.*

Nada obstante, essa garantia constitucional deriva da evolução do princípio da dignidade humana, que rememora valiosos documentos históricos e humanitários – a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) e a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) – e está consagrada no art. 1º, III, da Magna Carta de 1988.

"A dignidade da pessoa humana como base da República significa, sem transcendências ou metafísicas, o reconhecimento do homo noumenon*, ou seja, do indivíduo como limite e fundamento do domínio político da República. Neste sentido, a República é uma organização política que serve o homem, não é o homem que serve os aparelhos político-organizatórios" (J. J. Gomes Canotilho).*

Sendo notória a perda econômica dos benefícios previdenciários, o auxílio-acidente pode atingir valores ínfimos ao não apresentar nenhum parâmetro mínimo, e é descabido admitir que o benefício equivalente a 50% do salário-de-benefício (regra atual) possa chegar a um percentual inferior ao salário mínimo, esta a menor renda segundo a qual se presume que uma família possa se manter com dignidade. Destarte, em interpretação sis-

têmica e principiológica da Carta Política e dos institutos mais relevantes do direito previdenciário, ele não deve ser menor do que o percentual do salário mínimo correspondente àquele utilizado para a sua fixação.

Nas ações acidentárias, incidem juros moratórios de 1% ao mês (EREsp. n. 207.992/CE). Quanto à correção monetária dos valores a serem pagos, adota-se o IGP-DI (Medida Provisória n. 1.415/96, convertida na Lei n. 9.711/98, aplicável de maio/96 até janeiro/03) como índice adequado. Deixa-se de aplicar a Taxa Selic (art. 406) após o advento do novo Código Civil, por ser norma de aplicação subsidiária, a qual não pode ser utilizada quando há previsão legal específica para os juros de mora ou para a correção monetária.

A verba advocatícia é devida somente pelo órgão ancilar (Súmula 110) e fica estipulada em 10% do valor total das parcelas vencidas até a publicação da sentença (REsp. n. 437747/SC, Súmula 111 do STJ e art. 20, §§ 3º e 4º, do CPC), porquanto é a partir desse momento que ela passa a ter os seus efeitos, com o cumprimento do ofício jurisdicional (art. 463 do CPC e EDACív. n. 2005.042547-2) Entretanto, esse valor não será inferior a R$ 500,00, em respeito ao labor do patrono do obreiro.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2006.009205-6, remetidos pelo Juízo de Direito da comarca de Joinville (1ª Vara da Fazenda Pública), em que é apelante Pedro dos Santos e apelado o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS:

ACORDAM, em Segunda Câmara de Direito Público, por votação unânime, acolher integralmente o apelo do ente autárquico e parcialmente o do segurado, limitando-se a procedência do pleito inaugural ao percentual no qual é fixado o benefício, com o pagamento da diferença entre os valores pagos e os devidos, acrescidos de juros de mora em 1%

ao mês e corrigidos pelo IGP-DI, despesas (art. 20, § 2º, do CPC) pela metade da sucumbência (LC n. 156/97, art. 33, parágrafo único) e verba advocatícia em 10% do total das parcelas vencidas até a publicação da sentença, não podendo ser inferior a R$ 500,00.

Custas *ex lege*.

Relatório

Pedro dos Santos deflagrou ação constitutiva e condenatória contra o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS para obter a revisão de seu benefício de auxílio-acidente para um salário mínimo, com fulcro no art. 201, § 2º, da *Lex Mater*, com o pagamento das prestações vencidas e das vincendas, descontados os valores já percebidos, observados os juros de mora e o ônus de sucumbência.

Citada, a parte *ex adversa* apresentou contestação.

Ambos realizaram prova documental.

Após manifestação do *Parquet* pela ausência de interesse público, o digno Togado singular julgou improcedente o pedido formulado, mas determinou que o ente autárquico revisasse o benefício acidentário nos termos da Lei n. 9.032/95. Condenou-o, ainda, ao pagamento dos valores devidos e não pagos, corrigidos monetariamente e acrescidos de juros de mora a partir da citação. Fixou a verba advocatícia em 10% do total da condenação.

Irresignados, apelaram ambas as partes, requerendo o segurado a total procedência de seu pleito e o ente previdenciário o desacolhimento *in totum* do veredicto.

Há resposta apenas do INSS.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, por intermédio do Exmo. Sr. Dr. Tycho Brahe Fernandes, opinou pela conversão do julgamento em diligência.

Voto

Urge, de imediato, asseverar que o patrono do obreiro realmente não foi intimado para responder o reclamo do órgão ancilar, como bem ponderou o Ministério Público. Todavia, convém destacar que ele é, *data venia*, o único prejudicado por esta eiva processual e os fundamentos apresentados pelo INSS constituem, na verdade, nulidade absoluta, que podem ser reconhecidas de ofício por este colendo Órgão Julgador. O retorno dos autos à origem irá retardar a prestação jurisdicional e piorar a situação econômica do beneficiário que, no final de 2003, recebia modesto valor inferior a R$100,00. Sendo assim, justamente

para não o prejudicar, passa-se diretamente ao julgamento dos reclamos.

Data venia, assiste razão ao órgão ancilar quando aduz que não foi plenamente observado o princípio da congruência no veredicto *a quo*. Recorda-se, aliás, a exegese do art. 128 do Cânone Processual: "O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte".

Simili modo, é imprescindível destacar que "é defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado" (art. 460 do mesmo diploma).

Na hipótese *sub judice*, foram formulados na peça inaugural os seguintes pedidos: revisão do benefício acidentário para não ser inferior a um salário mínimo (A) e o pagamento dos valores devidos em decorrência dessa modificação (B). Ainda assim, concedida no respeitável julgado a aplicação da Lei n. 9.032/95 (C) com a respectiva carga condenatória (D).

Em verdade, o v. julgado é *ultra petita* – e não *extra petita* – pois apreciou e indeferiu os dois pedidos formulados pelo segurado acrescendo-lhes outros dois que não estavam abrangidos pelos limites do litígio.

Destarte, é pertinente a ensinança clássica de Giuseppe Chiovenda: "Nem é defeso ao juiz pronunciar-se sem demanda, mas, é claro, sequer além ou fora da demanda (*ne eat iudex ultra petita partium; sententia debet esse conformis libelli*)" (CHIOVENDA, 2000, v. II. p. 405).

E, mais: não se pode falar aqui em relativização do princípio dispositivo em virtude da hipossuficiência encontrada em matéria acidentária, como se admite em alguns feitos. Quando há pleito de concessão de benefício acidentário, ao se utilizar a instrumentalidade processual para determinar a implementação do benefício adequado, não se afeta o direito à ampla defesa do INSS (art. 5º, LV, da CF), pois ele pode defender-se plenamente quanto aos fatos apresentados. Isso não ocorreu na espécie, visto que a matéria foi conhecida de ofício diretamente na sentença.

Nada obstante, é igualmente aplicável a exegese da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça: "A sentença *ultra petita* é nula, e por se tratar de nulidade absoluta, pode ser decretada de ofício. Contudo, em nome do princípio da economia processual, quando possível, a decisão deve ser anulada apenas na parte que extrapola o pedido formulado.

Precedente" (REsp. n. 263.829, Min. Fernando Gonçalves).

Logo, muito embora a respeitável sentença ultrapasse o limite cognitivo, é possível restringir a eiva à parte írrita – aplicação da Lei n. 9.032/95 –, sem prejuízo da análise (negativa) do pedido efetivamente formulado: revisão do benefício para não ser inferior ao salário mínimo.

Assim, acolhe-se o reclamo do ente acidentário e passa-se à apreciação da irresignação do segurado. Almeja-se, no feito, o enquadramento do benefício de auxílio-acidente do obreiro ao estabelecido no art. 201, § 2º: "Nenhum benefício que substitua o salário-de-contribuição ou o rendimento do trabalho do segurado terá valor mensal inferior ao salário mínimo".

Inicialmente, convém que se faça uma distinção entre os diversos benefícios infortunísticos e suas respectivas finalidades: o auxílio-doença é concedido para o segurado temporariamente afastado do trabalho e que se encontra em reabilitação; aposentadoria por invalidez, para o obreiro absoluta e permanentemente incapacitado para o trabalho; pensão por morte, para os dependentes do segurado falecido que lhes provia o sustento; e auxílio-acidente, ao trabalhador que não está impossibilitado de obrar, mas que sofreu considerável redução de sua capacidade.

Desse modo, enquanto os três primeiros substituem a renda anteriormente obtida pelo trabalho exercido pelo obreiro, o último somente lhe busca compensar a diminuição de seu poder laboral, que presumidamente causar-lhe-á uma redução em seus rendimentos.

Por conseguinte, não há aplicação direta do art. 201, § 2º, restrito às hipóteses nas quais o benefício substitui plenamente os rendimentos que outrora eram obtidos pelo trabalho. Isso é inequivocadamente compreendido pela utilização de percentual hoje correspondente à metade do salário-de-benefício, o que seria absurdo se fosse buscada a substituição integral da renda que era percebida.

Noutro sentido, é de se destacar que a regra insculpida no referido parágrafo decorre diretamente da evolução social do princípio da dignidade humana, também chamado de dignidade da pessoa humana.

A luta por esse magnânimo princípio tem como um de seus relevantes marcos históricos a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Embora proclamada na França, foi absorvida pela humanidade como aplicável a todas as pessoas sem distinção. Extrai-se o seu preâmbulo: "Os representantes do Povo Francês, constituídos em Assembléia Nacional, considerando que a ignorância, o esquecimento ou

o desprezo dos direitos do homem são as únicas causas das desgraças públicas e da corrupção dos Governos, resolveram expor em declaração solene os Direitos naturais, inalienáveis e sagrados do Homem, a fim de que esta declaração, constantemente presente em todos os membros do corpo social, lhes lembre sem cessar os seus direitos e os seus deveres; a fim de que os atos do Poder Legislativo e do Poder Executivo, a instituição política, sejam por isso mais respeitados; a fim de que as reclamações dos cidadãos, doravante fundadas em princípios simples e incontestáveis, se dirijam sempre à conservação da Constituição e à felicidade geral" (Acesso no *site* da Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão: http://pfdc.pgr.mpf.gov.br).

Como um dos pilares da Organização das Nações Unidas, em 1948, foi formulada a Declaração Universal dos Direitos Humanos, com destaque para os seguintes trechos: "Considerando que os povos das Nações Unidas reafirmaram, na Carta, sua fé nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e no valor da pessoa humana e na igualdade de direitos dos homens e das mulheres, e que decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla".

[...]

"Artigo XXII: Todo homem, como membro da sociedade, tem direito à segurança social e à realização, pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento da sua personalidade".

Sob a considerável influência desses dois valiosos instrumentos, a nossa *Lex Mater* de 1988 elegeu esse princípio como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, III).

Ilustra José Joaquim Gomes Canotilho: "Perante as experiências históricas da aniquilação do ser humano (inquisição, escravatura, nazismo, stalinismo, polpotismo, genocídios étnicos) a dignidade da pessoa humana como base da República significa, sem transcendências ou metafísicas, o reconhecimento do *homo noumenon*, ou seja, do indivíduo como limite e fundamento do domínio político da República. Neste sentido, a República é uma organização política que serve o homem, não é o homem que serve os aparelhos político-organizatórios" (Direito constitucional: e teoria da constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003).

Ora, ao se admitir o direito ao benefício previdenciário apropriado e economicamente relevante como um aspecto importante da dignidade humana, torna-se possível a utilização reflexa do art. 201, § 1º, da

Carta Política, que resultará em uma interpretação extensiva.

Cabe aqui a exposição de Luís Roberto Barroso, ao tecer comentários sobre lição de Francesco Ferrara: "A imperfeição lingüística, expõe Ferrara, pode manifestar-se de duas formas: ou o legislador disse mais do que queria dizer, ou disse menos, quando queria dizer mais. No primeiro caso, impõe-se uma interpretação restritiva (ou estrita), onde a expressão literal da norma precisa ser limitada para exprimir seu verdadeiro sentido (*lex plus scripsit, minus voluit*). No segundo caso, será necessária uma interpretação extensiva, com o alargamento do sentido da lei, pois este ultrapassa a expressão literal da norma (*lex minus scripsit quam voluit*)" (Interpretação e aplicação da Constituição. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 121).

O auxílio-acidente jamais poderia ser reduzido de tal modo que viesse a perder sua finalidade: compensar a perda parcial da capacidade para o trabalho. Isso foge à razoabilidade interna e externa.

Contudo, esse notório fenômeno, comum a todos os benefícios previdenciários, foi muito bem constatado pelo Min. Marco Aurélio de Mello no histórico julgamento do RE n. 376846/SC, ao transcrever parte da sentença *a quo*. Destaca-se que os índices de correção monetária para os benefícios previdenciários, entre maio de 1996 e junho de 2001, registraram uma perda econômica de 19,41% comparada ao salário mínimo; 16,7% ao IGP-DI; e 18,21% quanto aos índices que o próprio órgão previdenciário utiliza para os salários-de-contribuição.

Com essa proeminente ponderação, verifica-se a possibilidade de o auxílio-acidente atingir valores ínfimos por não apresentar nenhum parâmetro mínimo diversamente dos demais benefícios previdenciários. Como admitir-se que o benefício equivalente a 50% do salário-de-benefício (regra atual) possa chegar a um percentual inferior ao salário mínimo, a menor renda segundo a qual se presume que uma família possa manter-se com dignidade?

É evidente que o auxílio-acidente, por não substituir de forma absoluta os rendimentos do obreiro, pode ser inferior ao salário mínimo. Todavia, em uma interpretação sistêmica e principiológica da Magna Carta e dos institutos mais relevantes do direito previdenciário, ele não deve ser menor do que o percentual do salário mínimo correspondente àquele utilizado para a sua fixação. Logo, por ter sido o benefício concedido em 40% do salário-de-contribuição (ou de benefício, se superior), é inadmissível que ele se torne inferior a essa parte do salário mínimo; caso reconhecida, administrativamente ou em ação própria, a incidência da Lei

n. 9.032/95 será igual ou superior a 50% do salário mínimo.

Ainda que o art. 201, § 2º, da Magna Carta não preveja explicitamente essa situação, fica implícito a sua conjugação com os princípios da dignidade humana (art. 1º, III), da razoabilidade e da proporcionalidade que o caso também se encontra tutelado.

Há que se determinar o pagamento da diferença de todas as parcelas adimplidas em valor inferior a 40% do salário mínimo vigente na época de seu pagamento, observada a prescrição qüinqüenal.

O *quantum debeatur* deve ser corrigido monetariamente pelo IGP--DI (Medida Provisória n. 1.415/96, convertida na Lei n. 9.711/98), que é aplicável nesta matéria desde maio de 1996. Os juros moratórios são fixados em 1% ao mês e contados a partir da citação, logo, obedecem à natureza alimentar dessa prestação, segundo a pacífica orientação da colenda Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça nas ações previdenciárias:

"Conforme jurisprudência firmada nesta Corte, os juros de mora, nas ações previdenciárias devem ser fixados à base de 1% (um por cento) ao mês, contados a partir da citação. Incidência da Súmula 204/STJ" (EREsp. n. 207.992/CE, Min. Jorge Scartezzini).

Não há falar na utilização da Taxa Selic a partir do novo Código Civil. Prescreve o art. 406: "*Quando os juros moratórios não forem convencionados, ou o forem sem taxa estipulada*, ou quando provierem de determinação da lei, serão fixados segundo a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Pública" (grifou-se).

Com efeito, cuida-se de norma de aplicação subsidiária e que não pode ser adotada diante da existência de previsão legal específica, *ex vi* do art. 2º, § 2º, da Lei de Introdução ao Código Civil: "A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das existentes, não revoga nem modificada a lei anterior".

Na espécie, não há taxa específica de juros moratórios. Não obstante, a lei prevê a atualização monetária pelo IGP--DI para matérias previdenciárias e acidentárias. Logo, no caso de aplicação da Taxa Selic, esse índice precisaria ser afastado, pois essa taxa comporta juros e correção monetária. Em decorrência do caráter subsidiário do art. 406 do Cânone Civil, deve persistir o IGP--DI e os juros moratórios de 1% ao mês.

As despesas (art. 20, § 2º, do CPC) devidas pelo INSS são de 25%, na proporção de sua sucumbência e com a exegese do art. 33, parágrafo único, da LC n. 156/97 e da Súmula 178 do STJ: "O INSS não goza de isenção do pagamento de custas e emolumentos, nas ações acidentárias e de benefícios, propostas na Justiça

Estadual". Ao segurado, aplica-se o art. 129 da Lei n. 8.213/91.

Em arremate, a verba advocatícia é devida somente pelo órgão ancilar (Súmula 110 do STJ) e é fixada em 10% do valor total das parcelas vencidas até a publicação da sentença (REsp. n. 437747/SC, Súmula 111 do STJ e art. 20, §§ 3º e 4º, do CPC), porquanto é a partir desse momento que ela passa a ter os seus efeitos, com o cumprimento do ofício jurisdicional (art. 463 do CPC e EDACív. n. 2005.042547-2). Entretanto, esse valor não será inferior a R$ 500,00, em respeito ao labor do patrono do obreiro.

Decisão

Ante o exposto, acolhe-se integralmente o apelo do ente autárquico e parcialmente o do segurado, limitando-se a procedência do pleito inaugural ao percentual no qual é fixado o benefício, com o pagamento da diferença entre os valores pagos e os devidos, acrescidos de juros de mora em 1% ao mês e corrigidos pelo IGP--DI, despesas (art. 20, § 2º, do CPC) pela metade da sucumbência (LC n. 156/97, art. 33, parágrafo único) e verba advocatícia em 10% do total de parcelas vencidas até a publicação da sentença, não podendo ser inferior a R$ 500,00.

Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Cid Goulart e o Exmo. Sr. Des. Subst. Jaime Ramos, e lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Tycho Brahe Fernandes.

Florianópolis, 12 de setembro de 2006.

Francisco Oliveira Filho,
Presidente e Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 2006.028472-1, DE CRICIÚMA

Relator: Des. Francisco Oliveira Filho

Infortunística – Revisão de benefício – Súmula 260 do extinto TFR e art. 58 do ADCT – Falta de clareza no pedido – Requisito imprescindível da demanda – Interpretação favorável ao obreiro – Presunção de legitimidade do ato administrativo – Comprovação de eiva exigida – Ausência de documentos que demonstrem a possível

repercussão do provimento judicial – Possibilidade de requisição ex officio *– Anulação do feito – Novo julgamento com elementos que permitam verificar potencial elevação do benefício acidentário – Reexame necessário provido – Apelo prejudicado.*

*"O pedido deve ser certo e determinado. Não se admite, evidentemente, que o autor formule o pedido de forma dubitativa ou incerta, ou que simplesmente exponha os fatos e fundamentos jurídicos de sua ação e deixe ao juiz a tarefa de determinar ou extrair deles o pedido que não fora formulado. Assim como o pedido sem fatos e fundamentos jurídicos que o substanciem seria inidôneo para legitimar a demanda judicial, igualmente os simples fatos e fundamentos jurídicos (*causa petendi*) sem pedido conduziriam a uma hipótese de petição inicial inepta" (SILVA, Ovídio Baptista da).*

Embora o segurado seja hipossuficiente na relação acidentária, gozando de inúmeras prerrogativas, como a atuação do Ministério Público como custos legis, a dispensa do pagamento de verbas de sucumbência e a possibilidade de inversão do ônus da prova quanto aos dados do benefício, essa proteção não tem caráter absoluto, pois é descabido, data venia*, presumir que o INSS cometeu erro grosseiro no cálculo do benefício ou dispensou determinação explícita na lei.*

Ainda que seja presumível que ninguém pleitearia algo que lhe é desfavorável ou indiferente, data venia*, a notória complexidade dos cálculos referentes aos benefícios previdenciários (aqui acidentário) pode ocultar a falta de interesse de agir quando inexistirem nos autos elementos suficientes para que se conheça os efeitos do provimento jurisdicional na renda do obreiro.*

Nesses casos, consoante os arts. 399 e 355 do CPC e em virtude da hipossuficiência do segurado, é possível a

requisição ex officio *de todos os documentos necessários para a composição do litígio, até mesmo no momento da própria contestação.*

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2006.028472-1, remetidos pelo Juízo de Direito da comarca de Criciúma (Vara da Fazenda Pública, Execuções Fiscais, Acidente de Trabalho e Registros Públicos), em que é apelante o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS e apelada Umbelina Lidia Anacleto Ferreira:

ACORDAM, em Segunda Câmara de Direito Público, por votação unânime, dar provimento ao reexame necessário para anular o feito a partir da fl. 50, inclusive, e requisita-se ao INSS, na origem, a apresentação, no prazo de trinta dias: da memória de cálculo do benefício atual de Umbelina Lidia Anacleto Ferreira e dos benefícios que o antecederam; de todos os salários de contribuição, destacando os que foram considerados; os índices de correção monetária aplicados, incluindo percentual, fonte e período; e a simulação da repercussão atual no benefício pela aplicação, na data de sua implementação, do "índice integral do aumento verificado, independentemente do mês da concessão". Apelo prejudicado.

Custas *ex lege*.

Relatório

Umbelina Lidia Anacleto Ferreira deflagrou ação constitutiva e condenatória contra o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, na qual pede a revisão de sua renda mensal inicial e a atualização de seu benefício e dos anteriores nos termos da Súmula 260 do extinto Tribunal Federal de Recursos e do art. 58 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Requereu que fosse determinada ao órgão ancilar a juntada da "carta de concessão de benefício" e de demonstrativos de pagamento que indiquem os reajustamentos posteriores.

Anexou documentos.

Em contestação, o ente público aduziu a ocorrência de decadência e da prescrição qüinqüenal, e a improcedência dos argumentos apresentados. Sustentou que cumpriu a determinação constitucional provisória, sem juntar nenhum documento.

Após parecer desfavorável do *Parquet*, o digno Togado singular julgou procedente o pleito formulado na exordial.

Irresignada, a autarquia apresentou apelação, na qual alega, em

síntese, que os únicos valores aos quais o segurado teria direito seriam os anteriores à Carta Política de 1988, e estariam prescritos, além da falta de legitimidade ativa *ad causam*.

Há resposta.

Voto

De plano, deve-se afastar a preliminar de ilegitimidade ativa *ad causam*. A autora pretende, na verdade, que seja revisado apenas o seu próprio benefício. Assim, não se pode dizer que não possui legitimidade para impugnar possíveis eivas administrativas durante a concessão e o reajuste da pensão de seu falecido cônjuge, pois a sua correção implicará na modificação do *quantum* de seu benefício.

Simili modo, há competência desta egrégia Corte para julgar o feito, pois, embora o benefício seja enquadrado com o código 21 (pensão por morte), é evidente que ele deriva de outros concedidos em virtude de acidente de trabalho (códs. 91 e 92 – fls. 2, 3 e 7).

Tollitur quaestio.

Por outro lado, é indispensável ressaltar, *data venia*, que faltam elementos para viabilizar o julgamento da hipótese *sub judice*. Pretende o apelado a aplicação da Súmula 260 do extinto Tribunal Federal de Recursos e do art. 58 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Surge aqui o primeiro problema: enquanto o artigo referido é a manutenção (temporária) do valor real do benefício em paridade com o salário mínimo, a súmula contém essa determinação e também a previsão de adoção do índice integral para reajustamento do benefício independentemente de seu termo inicial.

Colhe-se dela: "No primeiro reajuste do benefício previdenciário, deve-se aplicar o índice integral do aumento verificado, independentemente do mês da concessão, considerado, nos reajustes subseqüentes, o salário mínimo então atualizado".

Ora, denota-se que não há nítida definição da amplitude da lide, pois é incerta a determinação da *causa petendi* e do próprio pedido. Pretende-se somente a incidência de uma Súmula que preveja duas hipóteses e de um dispositivo constitucional transitório, sem a sua perfeita delimitação e demonstração do exato (ou provável) enquadramento da situação fática na hipótese protegida pelo direito.

Ex vi do art. 286 do Cânone Processual, o pedido precisa ser certo e determinado, com a obrigatória demonstração da subsunção do fato na norma. Disso decorre a necessidade de prova do direito invocado (art. 333, I, do Código de Buzaid).

Esta é a ensinança de Ovídio Baptista da Silva: "O pedido deve ser certo e determinado. Não se admite, evidentemente, que o autor formule o pedido de forma dubitativa ou incerta, ou que simplesmente exponha os fatos e fundamentos jurídicos de sua ação e deixe ao juiz a tarefa de determinar ou extrair deles o pedido que não fora formulado. Assim como o pedido sem fatos e fundamentos jurídicos que o substanciem seria inidôneo para legitimar a demanda judicial, igualmente os simples fatos e fundamentos jurídicos (*causa petendi*) sem pedido conduziriam a uma hipótese de petição inicial inepta" (Curso de processo civil. v. I, 6. ed. São Paulo: RT, 2002. p. 224 e 225).

Semelhante é a lição de José Joaquim Calmon de Passos: "Diz o artigo (286 do CPC) que o pedido deve ser certo ou determinado. Temos que ele deve ser certo e determinado. Não se cuida de uma alternativa, mas de uma copulativa pois ambas as qualidades lhe são imprescindíveis.

"A inicial, dissemos, é o projeto da sentença que se pretende obter. E na inicial o pedido é o projeto da conclusão que deseja alcançar com a sentença do magistrado. Sendo impossível a efetividade do comando quando ele é impreciso relativamente ao que ordena, é impossível igualmente o pedido que não oferece, à futura sentença, os elementos indispensáveis para que o comando dela emergente seja certo e determinado" (Comentários ao Código de Processo Civil. vol. III, 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 171).

Muito embora a inobservância dessa questão inviabilize, *a priori*, a propositura da ação e acarrete a sua carência, em matéria acidentária costuma-se interpretar tanto as normas como os fatos de modo mais benéfico ao obreiro em face de sua hipossuficiência. Destarte, presume-se que ele pleiteou a utilização integral da súmula.

Por outro lado, esse benefício processual, que busca preservar a isonomia (art. 5º, *caput*, da *Lex Mater*), deve pautar-se pelo princípio da razoabilidade e encontra limites.

É descabido, dessa forma, presumir que o órgão previdenciário adotou conduta contrária à determinação explícita de lei, sem que fossem apresentados contundentes elementos que assim o indiquem.

Nesse sentido, extrai-se julgado deste Órgão Fracionário: "Embora o segurado seja hipossuficiente na relação acidentária, gozando de inúmeras prerrogativas, como a atuação do Ministério Público como *custos legis*, a dispensa do pagamento de verbas de sucumbência

e a possibilidade de inversão do ônus da prova quanto aos dados do benefício, esta proteção não tem caráter absoluto, pois é descabido, *data venia*, presumir que o INSS cometeu erro grosseiro no cálculo do benefício ou dispensou determinação explícita na lei" (Ap. Cív. n. 2006.010820-1, de Araranguá, do mesmo relator deste feito).

Com efeito, pelo mero cumprimento da norma constitucional, o INSS teria recuperado o potencial aquisitivo do benefício no momento de sua concessão em relação ao salário mínimo, o que antes era obtido judicialmente com base na Súmula 260 do extinto Tribunal Federal de Recursos.

No tocante à "paridade com o salário mínimo", sobrariam apenas os valores anteriores à Carta Política de 1988, que seriam atingidos pela prescrição, como bem verificou o digno Togado singular – e desta parte não houve recurso.

Há outra importante restrição às prerrogativas atribuídas ao segurado: a impossibilidade de se prestar tutela jurisdicional sem saber se haverá repercussão real e que lhe traga benefício.

De fato, embora seja presumível que ninguém pleitearia algo que lhe é desfavorável ou indiferente, a notória complexidade dos cálculos referentes aos benefícios previdenciários (aqui acidentário) pode ocultar a falta de interesse de agir quando inexistirem nos autos elementos suficientes para que se conheça os efeitos do provimento jurisdicional na renda do obreiro.

Na falta desses, é permitido ao magistrado, consoante os arts. 399 e 355 do CPC e em virtude da hipossuficiência do segurado, determinar que o ente acidentário apresente todos os elementos dos quais necessitará para a composição do litígio, já que os possui em decorrência de sua própria atividade. Na espécie, há inclusive requerimento nesse sentido.

E, mais: *concessa venia*, é-lhe facultado – além de recomendável – determinar *ex officio* a juntada de todos os documentos imprescindíveis para o julgamento no momento da própria contestação.

Portanto, o respeitável veredicto de fls. 55 a 59 foi prolatado sem a presença de informações indispensáveis, que podem demonstrar até a carência de ação, e padece de eiva insuperável.

Apenas o pleno conhecimento do cálculo da renda mensal inicial do benefício e de suas posteriores correções permitirá que se apure a existência de direito à aplicação do "índice integral do aumento verificado, independentemente do mês da concessão", como propõe a Súmula 260 do TFR.

Decisão

Ante o exposto, dá-se provimento ao reexame necessário para anular o feito a partir de fl. 50, inclusive, requisita-se ao INSS, na origem, a apresentação, no prazo de trinta dias: da memória de cálculo do benefício atual de Umbelina Lidia Anacleto Ferreira e dos benefícios que o antecederam; de todos os salários de contribuição, destacando os que foram considerados; os índices de correção monetária aplicados, incluindo percentual, fonte e período; e a simulação da repercussão atual no benefício pela aplicação, na data de sua implementação, do "índice integral do aumento verificado, independentemente do mês da concessão". Apelo prejudicado.

Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Cid Goulart e o Exmo. Sr. Des. Subst. Jaime Ramos.

Florianópolis, 5 de setembro de 2006

Francisco Oliveira Filho,
Presidente e Relator.

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

APELAÇÕES CÍVEIS

APELAÇÃO CÍVEL N. 2006.009916-0, DE LAURO MÜLLER

Relator: Des. Luiz Cézar Medeiros

Civil – Prescrição – Inaplicabilidade do art. 27 do CDC – Afastamento – Julgamento do mérito – CPC, art. 515, § 3º.

1. Não se tratando de danos causados por fato do serviço mas de repetição de indébito pelo pagamento por serviço que se alega não prestado, portanto de inadimplência contratual, não têm aplicação as disposições do art. 27 do Código de Defesa do Consumidor e sim as normas do Código Civil de 1916, art. 177, ou de 2002 (Lei n. 10.406), art. 206, § 3º, IV, dependendo da data em que se deu a violação do direito que gerou a pretensão deduzida em juízo.

2. A reforma da sentença que acolheu a prescrição, desde que suficientemente debatida e instruída a causa, habilita o juízo de segundo grau a apreciar o mérito. Embora não esteja incluída no art. 267 do Código de Processo Civil, essa causa de extinção, com análise atípica do mérito, não afasta a aplicação do § 3° do art. 515 do mesmo

diploma legal. Precedente do STJ (REsp. n. 89.240/RJ, Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira).

Ensino superior – Contrato de prestação de serviços educacionais – Horas de atividade inferiores às previstas – Ação de repetição de indébito.

1 O fato de a entidade educacional, no momento da matrícula, para o efeito de quantificar o valor do investimento a ser despendido pelo aluno, informar que a disciplina a ser cursada totaliza determinado número de créditos, não significa que o valor coberto pelas mensalidades se refere exclusivamente às horas de aula. Esse cômputo abrange todas as atividades desenvolvidas no período, até mesmo as extraclasse e os custos qualificados em razão da especificidade da matéria a ser lecionada.

2 "'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).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2006.009916-0, da comarca de Lauro Müller, em que é apelante Clauzete Maria Estevam e apelada Universidade do Sul de Santa Catarina – Unisul:

ACORDAM, em Terceira Câmara de Direito Público, por votação unânime, dar provimento parcial ao recurso da autora tão-somente para afastar a prescrição e, aplicando o art. 515, § 3º, do Código de Processo Civil, no mérito, julgar improcedente o pedido.

Custas na forma da lei.

Relatório

Clauzete Maria Estevam ajuizou ação de repetição de indébito contra a Universidade do Sul de Santa Catarina – Unisul, sustentando, em síntese, que foi acadêmica do Curso de Psicologia da instituição e concluiu a graduação em 8-7-2000; que nos períodos de julho/1999 a dezembro/1999 e de janeiro/2000 a junho/2000 foram cobrados créditos a mais "em relação às disciplinas de Estágio Supervisionado, houve cobrança de 600 (seiscentas) horas/aula, apesar de ser disponibilizadas à autora somente 30 (trinta) horas/aula durante os dois semestres em que deveria ter um estágio supervisionado, o que não ocorreu, pois não foi supervisionado por ninguém" (fl. 3). Prossegue anotando que no período de 7/1999 a 12/1999 o valor de cada crédito correspondia a R$ 12,30 (doze reais e trinta centavos) e de 1/2000 a 6/2000 era R$13,33 (treze reais e trinta e três centavos), por isso, foi cobrada indevidamente a importância de R$ 11.721,50 (onze mil, setecentos e vinte e um reais e cinqüenta centavos). Por fim, requereu a restituição em dobro dos créditos que foram pagos a mais (CDC, art. 42, parágrafo único).

Ao sentenciar o feito, o Magistrado extinguiu o processo, consignando na decisão:

"Ante o exposto, com base no art. 269, IV, do CPC, reconheço a prescrição qüinqüenal argüida pela ré e, em conseqüência, declaro extinta, com julgamento de mérito, a presente ação de repetição de indébito, ajuizada por Clauzete Maria Estevam contra a Unisul – Universidade do Sul de Santa Catarina.

"Condeno a autora ao pagamento das custas processuais, verba esta cuja exigibilidade permanecerá suspensa, em face da assistência judiciária deferida à autora, salvo se, no prazo de 5 (cinco) anos, se demonstrar que a vencida tem condições de efetuar o pagamento, sem prejuízo do sustento próprio ou da família, nos termos do art. 12, da Lei n. 1.060/50.

"Sem honorários advocatícios.

"P.R.I.

"Transitada em julgado, arquive-se, com ressalva das custas" (fls. 65 a 70).

Inconformada com a prestação jurisdicional, a autora apelou. Requereu a reforma integral da sentença, argüindo a inaplicabilidade do art. 27 do Código de Defesa do Consumidor, por não se tratar de ação de reparação de dano mencionada na Seção II do referido diploma.

Contra-arrazoados os recursos, os autos ascenderam a este grau de jurisdição.

Voto

1 Da prescrição

Sustenta a apelante a não-ocorrência da prescrição, pois, por se tratar de ação de repetição de indébito, não incide o disposto no art. 27 da Lei n. 8.078/90, "porquanto tal dispositivo somente se aplica às ações de reparação de dano mencionadas na Seção II do Código Consumerista, não dizendo respeito, por conseguinte, à repetição de indébito fundada no art. 42 da Lei n. 8.078/90" (fl. 79).

É incontroverso que os fatos narrados nos autos se referem a uma relação de consumo, e, em conseqüência, a aplicação do Código de Defesa do Consumidor é admitida. Todavia, o preceito que prevê o prazo de cinco anos (CDC, art. 27) se reporta à reparação de danos causados por fato do produto ou fato do serviço previsto na Seção II do Capítulo IV.

Com referência ao fornecimento de serviços, extrai-se do art. 14 da seção supracitada:

"O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores *por defeitos relativos à prestação dos serviços*, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

"§ 1º *O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar*, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:

"I – o modo de seu fornecimento;

"II – o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam;

"III – a época em que foi fornecido.

"§ 2º O serviço não é considerado defeituoso pela adoção de novas técnicas.

"§ 3º O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar:

"I – que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste;

"II – a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro [...]" (não grifado no original).

Quanto à aplicação do art. 27, esclarecem Vidal Serrano Nunes Júnior e Yolanda Alves Pinto Serrano:

"Trata o art. 26 do prazo de decadência para reclamação por vícios dos produtos ou serviços, aqueles mencionados a partir do art. 18, *ficando para o art. 27 a função de regular os prazos atinentes à reclamação por danos ocorridos em função de acidente de consumo*" (Código de defesa do consumidor interpretado. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 92 – sem grifo no original).

E na mesma linha de entendimento:

"[1] Responsabilidade por danos e prescrição – Nessa passagem, o Código disciplina a prescrição nos casos de responsabilidade por danos, vale dizer, *nos acidentes causados por defeitos dos produtos ou serviços*" (Grinover, Ada Pellegrini, Watanabe, Kazuo, *et al*. Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. 8. ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 230 – sem grifo no original).

Sobre o tema preleciona Héctor Valverde Santana:

"A Lei Federal n. 8.078, de 11-9-1990, destina-se a toda e qualquer relação de consumo, figurando o Código Civil como diploma legal de aplicação subsidiária em face das lacunas identificadas.

"O Código de Defesa do Consumidor disciplina apenas um caso de prescrição da pretensão relativa a acidente de consumo (art. 27). É certo que as ações envolvendo direito das relações de consumo não se resumem nas reparatórias oriundas de fato do produto ou serviço. Dessa forma, havendo lacuna em relação às outras demandas de consumo, mister buscar a disciplina das demais matérias no diploma legal civilista" (Prescrição e decadência nas relações de consumo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, Biblioteca de direito do consumidor, v. 22, p. 77).

Não discrepa desse entendimento a posição de Antônio Herman Benjamim:

"A regra do art. 27 é mais simples (ou menos complicada) do que a do art. 26.

"O prazo prescricional estabelecido é sempre de cinco anos. Não se faz qualquer distinção quanto à natureza do bem de consumo, ou quanto à forma de apresentação do vício (oculto ou não) que deu origem ao dano. A única exigência é que se trate de vício de qualidade por insegurança" (Comentários ao Código de Defesa do consumidor. São Paulo: Saraiva, 1991, art. 27, p. 137).

Fazendo alusão ao disposto no art. 27 da Lei n. 8.078/90, obtemperou o Min. Ruy Rosado de Aguiar em artigo publicado na Ajuris 52/184:

"A lei trata dessas duas situações. O direito à indenização, do qual é titular o consumidor lesado por defeito do produto ou do serviço com ofensa à sua segurança (arts. 12 e 14), é um direito subjetivo de crédito que pode ser exercido no prazo de 5 anos, mediante a propositura de ação através da qual o consumidor (credor) deduz sua pretensão dirigida contra o fornecedor para que efetue sua prestação (pagamento da indenização). Portanto, se já ocorreu

a ofensa à segurança do consumidor, com incidência dos referidos arts. 12 e 14, houve o dano e cabe a ação indenizatória. É uma ação de condenação deferida a quem tem direito e pretensão de exigir a prestação pelo devedor. O efeito do tempo faz encobrir essa pretensão. É caso, portanto, de prescrição, assim como regulado no art. 27: 'Prescreve em 5 anos a pretensão à reparação pelos danos causados por fato do produto ou do serviço [...]'".

Na mesma direção de raciocínio, acentua o Ministro Waldemar Zveiter, relator do Recurso Especial n. 234725:

"Sobre o assunto, Ada Pellegrini Grinover e outros, em Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto, lecionam:

'A responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço decorre da exteriorização de um vício de qualidade, vale dizer, de um defeito, capaz de frustrar a legítima expectativa do consumidor quanto à sua utilização e fruição.

'Existe uma tendência doutrinária que se preocupa em estabelecer uma dicotomia entre vício de qualidade e defeito. A nosso aviso, a dicotomia não existe, pois essas expressões implicam reciprocamente. Tanto posso aludir ao vício de qualidade como um defeito de um produto, como ao defeito como um vício de qualidade do mesmo produto.

'Entende-se por defeito ou vício de qualidade a qualificação de desvalor atribuída a um produto ou serviço por não corresponder à legítima expectativa do consumidor, quanto à sua utilização ou fruição (falta de adequação), bem como por adicionar riscos à integridade (periculosidade) ou patrimonial (insegurança) do consumidor ou de terceiros.

'Partindo deste conceito, um produto ou serviço é defeituoso quando não corresponde à legítima expectativa do consumidor a respeito de sua utilização ou fruição, vale dizer, quando a desconformidade do produto ou do serviço compromete a sua prestabilidade ou servibilidade. Nesta hipótese, podemos aludir a um vício ou defeito de adequação do produto ou do serviço.

'Por outro lado, um produto ou serviço é defeituoso, da mesma sorte, quando sua utilização ou fruição é capaz de adicionar riscos à segurança do consumidor ou de terceiros. Nesta hipótese, podemos aludir a um vício ou defeito de segurança do produto ou serviço'.

"Da leitura acima, se pode perceber que não é só porque estamos diante de uma atividade de prestação de serviço, que o dano causado será necessariamente regulado pelo Código do Consumidor.

"A hipótese retratada nos autos não diz respeito com vício ou defeito de segurança do serviço. Não há como enquadrar a imperícia, imprudência ou negligência do preposto da recorrida, fundamento da ação reparatória, nesse contexto.

"Do trecho doutrinário percebe-se que é adicionado um risco ao produto ou serviço. A meu sentir, ao se concretizar o dano físico advindo do uso de determinado serviço ou produto, ou seja, na medida que esse risco adicionado cause, efetivamente, um dano à incolumidade física da pessoa, o direito passa a ser de caráter pessoal, regido, portanto, ainda pelo art. 177 do Código Civil.

[...]

"É necessário, portanto, antes de se aplicar o CDC, verificar qual a natureza da relação entre as partes envolvidas, uma vez que não é só porque se está diante de uma atividade que envolve consumo, que se há de aplicá-la indistintamente".

Embora dizendo respeito a produto, o precedente a seguir pode ser empregado similarmente à prestação de serviço:

"O Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, do STJ, esclarece que o art. 27 cuida de hipóteses em que estão presentes vícios de qualidade do produto por insegurança, ou seja, casos em que o produto traz um vício intrínseco que potencializa um acidente de consumo, sujeitando-se o consumidor a um perigo iminente (REsp. n. 114.473-RJ, j. em 24-3-1997)" (Silva, Jorge Alberto Quadros de Carvalho. Código de Defesa do Consumidor anotado e legislação complementar. 3. ed., São Paulo: Saraiva , 2003. p. 108).

Sedimentando o entendimento aqui declinado, extrai-se de outros julgados do Superior Tribunal Justiça:

"Civil. Contrato de seguro. Cobrança do valor segurado. Código de Defesa do Consumidor. Art. 27. Prescrição de 5 (cinco) anos. Inaplicabilidade. Ação de reparação de danos por fato de serviço. Dessemelhança com a responsabilidade civil decorrente do inadimplemento contratual. Prescrição ânua. Código Civil, art. 178, § 6º, II. Lei de Introdução. Art. 2º, § 2º. Recurso acolhido. Extinção do processo.

"I -- A ação de indenização do segurado contra a seguradora, decorrente do contrato de seguro, prescreve em um ano, não tendo aplicação o art. 27 do Código de Defesa do Consumidor, dispondo essa norma a propósito da prescrição em cinco (5) anos *nas ações de reparação de danos por fato de serviço, que não guarda relação com a responsabilidade civil decorrente do inadimplemento contratual* [...]" (REsp. n. 232483, Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira – sem grifo no original).

"Civil e consumidor. Recurso especial. Ação reparatória. Contrato de prestação de serviços advocatícios. Inexecução contratual. Prazo prescricional.

"*A ação para reparação de danos relativos à inexecução de contrato de prestação de serviços advocatícios se sujeita ao prazo prescricional previsto no art. 177 do CC 16 (art. 205 do CC 02), e não aquele previsto no art. 27 do CDC*.

"Recurso especial não conhecido" (REsp. n. 633174, Mina. Nancy Andrighi).

"Direito civil. Recurso especial. Prescrição. Ação de indenização.

"Depósito em armazéns gerais. Sub-rogação de direitos. Aplicação do CDC.

"*– Em ação de indenização, sendo a causa de pedir o inadimplemento contratual, não incide o prazo prescricional estabelecido no art. 27 do CDC, aplicável somente à hipótese de danos decorrentes de acidente de consumo*. Precedentes.

[...]

"Recurso especial não conhecido" (REsp. n. 476458).

E, no mesmo sentido, destaco trecho do acórdão proferido no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, na Ap. Cív. n. 12924/2001, cujo relator foi o eminente Des. Paulo Lara:

"Repetição de indébito. Serviço de distribuição de água. Ausência de medidor de consumo. Omissão da empresa. *Código Defesa do Consumidor. Culpa com relação à cobrança excessiva. Enriquecimento ilícito. Prescrição qüinqüenal. Descabimento*.

"Ao deixar de colocar hidrômetro na casa do consumidor, sem razões explícitas ou justificáveis para tal conduta, a empresa distribuidora de água age culposamente na cobrança de valores indevidos, ao fazê-lo por estimativa, com base em aparência do imóvel que não exprime a realidade do consumo. A culpa, por injustificável omissão, indicando evidente falha do serviço, impõe a devolução dobrada do indébito, como previsto no parágrafo único do art. 42 do CDC. E se subsomem, como tal, os valores que ultrapassam o maior consumo medido, durante vários meses, após a colocação do hidrômetro na casa do autor.

"*E, no caso, não se aplica a prescrição qüinqüenal prevista no art. 27 do Codecon, visto que a hipótese não encerra reparação de danos, mas de cobrança de indébito, para afastar o enriquecimento ilícito, que, à falta de disciplina específica, tem seu regramento no art. 177 c/c o art. 179, ambos do Código Civil*,com prazo prescricional vintenário".

Acerca da pretensão de ressarcimento por enriquecimento sem

causa, elucidativas são as lições de Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza e Maria Celina Bodin de Moraes:

"A prescrição da pretensão por enriquecimento sem causa não estava, no CC 1916, dentre os prazos especiais arrolados no art. 178, sendo, portanto, disciplina pelo prazo geral constante do art. 177 do CC 1916. Representa, assim, uma inovação o inciso em questão, diminuindo o prazo para três anos. As pretensões em exame estão disciplinadas pelo CC nos arts. 884 a 886, inseridos no Capítulo IV, que trata especificamente do enriquecimento sem causa. A doutrina, por sua vez, incluiu o pagamento indevido, disciplinado nos arts. 876 a 883 do CC, como modalidade peculiar de enriquecimento sem causa: 'O pagamento indevido, que cria para o *accipiens* um enriquecimento sem causa, e, portanto, gera para o *solvens* uma ação de repetição – de *in rem verso* –, resulta desses requisitos, extraídos da regra do BGB: 1º) que tenha havido uma prestação; 2º) que esta prestação tenha o caráter de um pagamento; 3º) que não exista a dívida. Os mesmos requisitos poderiam ser sintetizados em dois: 1º) uma prestação a título de pagamento; e 2º) que a dívida não exista, pelo menos nas relações entre o *solvens* e o *accipiens*' (Caio Mário da Silva Pereira, Instituições, vol. II, p. 207).

"Assim, as ações de repetição, que têm por objeto a restituição de valor pago indevidamente, por ser hipótese de enriquecimento sem causa, prescrevem também no prazo de três anos. *O prazo prescricional em foco deve ser contado a partir do momento em que a parte lesada tem ciência do enriquecimento sem causa de terceiro a sua custa e não do momento em que houve o enriquecimento em si*" (Código Civil interpretado conforme a Constituição da República. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 406 – sem grifo no original).

Neste Tribunal, o Des. Francisco Oliveira Filho, sustentando a inaplicabilidade do disposto no Código Consumerista em relação à prescrição e à decadência, registrou na Ap. Cív. n. 2006.003663-2, de Criciúma:

"Diferente não é a solução da preliminar de prescrição, a qual também é inacolhida. Ocorre que os arts. 26 e 27 do Código de Defesa do Consumidor são inaplicáveis, porque cuidam, respectivamente, dos chamados vícios aparentes ou de fácil constatação e dos danos causados por fato do produto.

"A responsabilidade pelo vício do serviço (ou do produto) decorre de um vício de qualidade ou quantidade que o torne impróprio ou inadequado ao consumo a que se destina, ou lhe diminua o valor.

"Por outro lado, a responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço decorre, basicamente, de um dano causado por um vício de fabricação ou de um prejuízo ocasionado pelo fornecimento de informações insuficientes ou inadequadas de utilização – chamados vícios de segurança. Nesse sentido: 'O art. 27 cuida de hipóteses em que estão presentes vícios de qualidade do produto (ou do serviço) por insegurança, ou seja, casos em que o produto traz um vício intrínseco que potencializa um acidente de consumo, sujeitando-se o consumidor a um perigo iminente" (STJ, REsp. n. 114.473, Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJU 24-3-97).

"Verifica-se, desde logo, a impossibilidade de aplicação dos prazos previstos no referido diploma. *In casu*, o que se discute é o direito de repetição dos valores pagos por serviços contratados de acordo com determinado número de horas/aula, as quais não foram integralmente ministradas pela instituição educacional".

Diante disso, é indiscutível a inaplicabilidade do art. 27 do Código de Defesa do Consumidor, porquanto não versa sobre a hipótese retratada no feito. Não se tratando de danos causados por fato do serviço mas de repetição de indébito pelo pagamento por serviço que se alega não prestado, portanto de inadimplência contratual, não têm aplicação as disposições do art. 27 do Código de Defesa de Consumidor e sim as normas do Código Civil de 1916, art. 177, ou de 2002 (Lei n. 10.406), art. 206, § 3º, IV, dependendo da data em que se deu a violação do direito que gerou a pretensão deduzida em juízo.

In casu, repita-se, o que se discute é o direito à repetição de valores pagos por serviços contratados de acordo com determinado número de horas de aula, as quais, segundo o alegado na inicial, não foram integralmente ministradas. Logo, para a determinação do marco inicial da prescrição há de ser definida a data em que se deu a violação do direito que gerou a pretensão deduzida em juízo.

Em princípio, seria razoável a afirmação de que a pretensa violação do direito se deu no encerramento do período letivo em que seria ministrada a disciplina a que se refere a autora. No entanto, não menos razoável é a constatação de que, se efetivamente tivesse ocorrido a aventada supressão de créditos, a compensação poderia ser feita até antes da colação de grau. Na verdade, parece mais aceitável que a partir desse ato é que os alunos teriam a certeza de que a Universidade não supriria a lacuna apontada quanto ao número de horas de aula. Seria então esse o marco que consagraria a violação do direito

por eles invocado, fluindo a partir daí o prazo prescricional.

Desse modo, tendo em vista que a autora colou grau em 2000, e desse ano até a entrada em vigor da Lei n. 10.406/2002 – Código Civil – não transcorreu mais da metade do tempo estabelecido no Código de 1916 (que era 20 anos), aplica-se, então, a novel legislação, segundo dispõe o seu art. 2.028. Assim, o prazo prescricional a ser aplicado é o previsto no Código Civil em vigor, ou seja, 3 (três) anos, conforme o disposto em seu art. 206, § 3º, inc. IV – a pretensão de ressarcimento de enriquecimento sem causa.

Importante salientar, embora não se trate de decadência, que por analogia também se aplica ao caso em estudo o disposto no art. 26, § 1º, do Código do Consumidor, que determina o marco inicial da contagem dos prazos: "§ 1º Inicia-se a contagem do prazo decadencial a partir da entrega efetiva do produto ou *do término da execução dos serviços*".

Sobre a matéria esclarecem Vidal Serrano Nunes Júnior e Yolanda Alves Pinto Serrano:

"A contagem dos prazos supramencionados se dá na forma prescrita no § 1º do art. 26. Inicia-se a contagem, no caso de vícios aparentes, a partir da tradição do bem, ou seja, da sua entrega efetiva, e não da conclusão formal do contrato. *Ou, no caso de fornecimento de serviços, a partir do término da execução, ou seja, na seqüência do último ato contratado e realizado*" (*op. cit.*, p. 93 – sem grifo no original).

Considera-se, portanto, como início do prazo prescricional o momento em que houve a violação do direito (Código Civil, art. 189), ou seja, quando o aluno se formou. A apelante colou grau em 8-7-2000, data em que cessou para a Universidade a possibilidade de repor as horas não ministradas anteriormente, nascendo para a titular o direito à pretensão.

Dessa forma, conclui-se que não decorreu o prazo prescricional, motivo pelo qual reformo a sentença e afasto essa prejudicial.

2 Da aplicação do § 3º do art. 515 do Código Processual Civil

De acordo com a alteração procedida pela Lei n. 10.352/01, "nos casos de extinção do processo sem julgamento do mérito (art. 267), o tribunal pode julgar desde logo a lide, se a causa versar questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento" (CPC, art. 515, § 3º).

Desse modo, a reforma da sentença que acolheu a prescrição, desde que suficientemente debatida e instruída a causa, habilita o juízo de segundo grau a apreciar o mérito. Embora não esteja incluída no art.

267 do Código de Processo Civil, essa causa de extinção, com análise atípica do mérito, não afasta a aplicação do § 3º do art. 515 do mesmo diploma legal.

In casu, deve este Órgão Fracionário analisar a questão de fundo, já que a causa está em condições de imediato julgamento, por versar sobre questão exclusivamente de direito.

Julgando matéria similar, disse o colendo Superior Tribunal de Justiça:

"Processual civil – Sentença – Reforma – Prescrição – Afastamento – Questão de direito – Mérito – Tribunal *ad quem* – Possibilidade – CPC, art. 515, § 3º.

"Processo civil. Prescrição afastada no 2º grau. Exame das demais questões no mesmo julgamento. Possibilidade, desde que suficientemente debatida e instruída a causa. Divergência doutrinária e jurisprudencial. Exegese do art. 515, *caput*, CPC. Precedentes do Tribunal e do Supremo Tribunal Federal. Lei n. 10.352/2001. Introdução do § 3º do art. 515. Embargos rejeitados.

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

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

"III – Nos termos do § 3º do art. 515, CPC, introduzido pela Lei n. 10.352/2001, 'o Tribunal pode julgar desde logo a lide, se a causa versar questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento'" (Corte Especial, REsp. n. 89.240-0/RJ, Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 6-3-2002).

Do corpo do acórdão, colhe-se o seguinte excerto:

"O professor Gildo dos Santos, em recente palestra na Faculdade Católica de Direito de Santos, deu a mesma solução a uma questão formulada, citando todos os argumentos acima e acrescentando que ao reconhecer a prescrição o juiz julgou o mérito, pelo novo código. E, ainda segundo o art. 463, do mesmo Código de Processo Civil, 'ao publicar a sentença de mérito, o juiz cumpre e acaba o ofício jurisdicional'.

"Portanto, não pode o tribunal, ao afastar a prescrição reconhecida pelo juiz inferior, determinar a volta dos autos ao mesmo juiz, para julgar as demais questões de mérito. O mérito é um só, embora possa apresentar várias questões, mas o julgamento da lide é um só.

"Se a sentença de primeiro grau não é anulada, se ela permanece, ainda que reformada, como se poderia exigir do MM. Juiz que proferisse nova sentença? O mérito já foi por ele examinado e decidido, como bem demonstrado no v. acórdão embargado".

Sobre o tema, leciona Antônio Raphael Silva Salvador:

"Em muitos casos tem sido visto os tribunais afastarem a participação reconhecida pela sentença, determinando em seguida que os autos retornem ao Juiz de 1º grau, para o julgamento das demais questões de mérito.

"Ora, se o juiz já fez o julgamento do mérito, se o próprio tribunal reconhece que houve esse julgamento da lide, tanto que determina que o juiz julgue as demais questões de mérito, evidentemente, estará havendo uma afronta ao art. 463 do CPC, que diz: 'Ao publicar a sentença de mérito o juiz cumpre e acaba o ofício jurisdicional'.

"Fica, então, evidente que o juiz não poderá proferir no processo duas sentenças julgando o mérito, salvo se a primeira for anulada. Pode se recusar a proferir a nova sentença determinada, pois está a tanto impedido pelo Código de Processo Civil. Não há duas sentenças válidas que possam julgar a mesma lide.

[...]

"Assim será respeitado o princípio devolutivo e as suas conseqüências, previstas e firmadas no art. 515, § 1º, do CPC. Em nome da devolução entrega-se ao tribunal o julgamento da matéria impugnada (a extinção do direito do autor) e ainda todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que a sentença não as tenha julgado por inteiro.

"Na jurisprudência podemos citar vários julgamentos nesse sentido. Um deles, do egrégio TJRJ, diz: 'Se a sentença de 1º grau julgou prescrito o direito de ação, como preliminar de mérito, e se, na instância de 2º grau, é reformada, em repulsa à prescrição, desde logo deve ser julgado o restante do questionamento meritório' (Ap. 91.333, *in* Alexandre de Paula, O Processo Civil à Luz da Jurisprudência, v. V/43).

"Em São Paulo igualmente se decidiu que:

'Prescrição é matéria de mérito e, uma vez afastada pela instância superior, não enseja a devolução dos autos para que o juiz aprecie as demais questões argüidas nos embargos' (RT 611/124, rel. Juiz Guimarães e Souza)" (Se o Tribunal afasta a prescrição reconhecida na sentença proferida após a discussão da lide, deve prosseguir no julgamento do mérito. Revista dos Tribunais n. 634, p. 226 a 228).

O citado jurista, ao concluir o artigo, repete o título, "se o Tribunal afasta a prescrição reconhecida na sentença proferida após a discussão da lide, deve prosseguir no julgamento do mérito" (art. cit. p. 228).

Nelson Nery Júnior e Rosa Andrade Nery não destoam do posicionamento acima colacionado:

"Caso na sentença tenha o juiz pronunciado a prescrição ou decadência, houve julgamento do mérito, por força de disposição expressa do CPC 269 IV. Evidentemente, com o decreto da prescrição ou decadência, as demais partes do mérito restaram prejudicadas, sem o exame explícito do juiz. Como o efeito devolutivo da apelação faz com que todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que o juiz não as tenha julgado por inteiro, como no caso do julgamento parcial do mérito com a pronúncia da decadência ou prescrição, sejam devolvidas ao conhecimento do tribunal, é imperioso concluir que o mérito como um todo pode ser decidido pelo tribunal quando do julgamento da apelação, caso dê provimento ao recurso para afastar a prescrição ou decadência. Como, às vezes, o tribunal não tem elementos para apreciar o todo do mérito, porque, por exemplo, não foi feita instrução probatória, ao afastar a prescrição ou decadência, pode o tribunal determinar o prosseguimento do processo no primeiro grau para que outra sentença seja proferida. O importante é salientar que ao tribunal é lícito julgar todo o mérito, não estando impedido de fazê-lo" (Código de Processo Civil comentado. 4. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 1.003, nota 5).

Das lições doutrinárias citadas, em cotejo com o precedente jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, é possível concluir que, mesmo sem a autorização estampada no § 3º do art. 515 do Código de Processo Civil, é possível o julgamento do mérito pelo Tribunal quando afastada a prescrição. Para isso, basta que o processo contenha os elementos necessários à seqüência do julgamento, o que é o caso dos presentes autos.

3 Do mérito

Razão assiste à Universidade do Sul de Santa Catarina – Unisul.

O Exmo. Sr. Des. Newton Trisotto, no julgamento dos Embargos Infringentes n. 2004.002246-8, ao adotar o voto do Des. Cesar Abreu, proferido na Ap. Cív. n. 2001.009182-8, exauriu a matéria e deu o equacionamento que se conforma integralmente com o meu entendimento. Por essas 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-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/aulas exigidas.

"Realizou-se, assim, um contrato de prestação de serviços em que a Universidade se propõe a mi-

nistrar 3.390 horas-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-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 quebra 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-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 perseguindo 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 turpitude 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".

Aos elucidativos e convincentes argumentos do eminente Desembargador Cesar Abreu, cumpre ressaltar que o Regimento Interno da Universidade do Sul de Santa Catarina, em seu art. 65, disciplina:

"Art. 65. O controle da execução curricular é feito pelo sistema de créditos.

"Parágrafo único – A unidade de crédito corresponde a 15 horas/aula para as aulas teóricas e para

as aulas práticas, *sendo os créditos de estágio definidos pela Coordenação de Curso respectiva*" (grifo não constante do original).

A exegese dessa norma permite a conclusão de que a grade curricular, no que diz respeito à disciplina de estágio, pode ter parâmetros diferentes, até mesmo no referente à relação da unidade de crédito com a carga horária. Isso se justifica porque a disciplina de estágio supervisionado não compreende apenas as aulas comuns, mas um elenco de atividades extraclasse que demanda uma atenção e um custo maior.

Noutros termos, o fato de a entidade educacional, no momento da matrícula, para o efeito de quantificar o valor do investimento a ser despendido pelo aluno, informar que a disciplina a ser cursada totaliza um determinado número de créditos, não significa que o valor coberto pelas mensalidades se refere exclusivamente às horas de aula. Esse cômputo abrange todas as atividades desenvolvidas no período, até mesmo as extraclasse e os custos qualificados em razão da especificidade da matéria a ser lecionada.

Como bem ponderou o Des. Cesar Abreu em manifestação exarada ao proferir seu voto na Ap. Cív. n. 2004.030591-9 – acórdão ainda não publicado por ocasião da lavratura deste *decisum* –, "quando o aluno se propõe a efetuar sua matrícula tem ele acesso ao denominado 'espelho da matrícula', referente ao semestre que cursará, que contempla as disciplinas que lhe serão ministradas, com a indicação do dia, hora e local. Esse espelho revela, portanto, a carga horária de cada disciplina, dando ao aluno a escolha, inclusive, por conta de sua capacidade financeira, de cursá-la ou não. Assim, no confronto entre o previsto na grade curricular e o concretamente registrado no espelho da matrícula, por óbvio que prevalece o último, visto que o próprio aluno é quem constrói a sua grade de horários e disciplinas".

Assim considerado, não configura ilegalidade o fato de a Universidade exigir, por exemplo, o pagamento de 8 créditos, que em regra para as outras disciplinas corresponderiam a 120 horas de aula, para o desempenho de apenas 60 horas de aula em classe. Essa relação de uma unidade de crédito por 7,5 horas de aula em vez de 15, além de autorizada pelo Regimento Interno da Entidade Educacional justifica-se pelas exigências especiais da disciplina.

Pode até ser, como alega a parte autora, que nas atividades extraclasse, como audiências no Fórum, a Universidade não tenha disponibilizado um professor acompanhante ou que a supervisão não tenha sido feita de forma direta. No entanto, certamente os relatórios e fichamentos desses atos sofreram

o crivo dos professores ou orientadores responsáveis. É público e notório que isso é assim em todas as Instituições de Ensino e a Unisul não fugiria à regra. Aliás, nas sessões deste Tribunal, nos mais diversos Órgãos Fracionários, verifica-se a presença de alunos, incluídos os da Entidade Educacional em referência, assistindo aos julgamentos e fazendo os respectivos fichamentos.

Ainda das anotações concernentes ao voto proferido na Ap. Cív. n. 2004.030591-9, com a vênia do eminente relator, Des. Cesar Abreu, aproprio-me de mais um trecho de sua judiciosa e adequada argumentação:

"Cumpre, pois, antes de se responsabilizar a entidade de ensino, imputando-lhe prática abusiva, verificar se há, no mínimo, razoabilidade na cobrança diferenciada de créditos, entre as aulas teóricas e práticas com as de estágio, visto que lhe é de direito manter o equilíbrio econômico-financeiro nos serviços que presta. Aliás, registre-se, que esse equilíbrio poderia se dar de duas formas: a primeira, distribuindo os custos da disciplina de estágio entre todos os estudantes universitários, com o aumento do valor unitário do crédito, sem discriminar as aulas teóricas e práticas das de estágio; a segunda, mais equânime e justa, respeitosa ao princípio da igualdade, que manda tratar desigualmente os desiguais na medida dessa desigualdade, conferindo às aulas de estágio um peso financeiro diferenciado pelas peculiaridades que lhe são próprias, entre as quais a participação reduzida de alunos, que amplia os custos operacionais".

Em coro ao acima aduzido, na Ap. Cív. n. 70005739420/2003, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, consignou-se:

Apelação cível. Ensino superior privado. Ação de cobrança e ação de repetição de indébito. Disciplinas de estágio supervisionado. Curso de direito. Alegação de cobrança excessiva e não prestação de serviços.

As disciplinas de Estágios do Curso de Direito devem obedecer, como qualquer outra, às normas legais a elas pertinentes, o que se verificou no caso concreto. Dever de transparência na prestação do serviço. Aluno que cursou regularmente as disciplinas, não pagou parte delas e busca restituição, sob alegação de cobrança indevida. Apelação desprovida.

E do corpo do acórdão destaca-se a inserção a seguir transcrita:

Não se desconhece a importância da disciplina de estágio, realizada no final do curso, objeti-

vando preparar o futuro profissional de maneira prática para o mercado de trabalho no qual se lançará em breve. Tal estágio, por certo, há de ser prestado de maneira adequada, como qualquer serviço, dentro do que dispõem as normas a ele atinentes, e das quais era conhecedor o apelante.

"Não me parece tenha a apelada descumprido esta obrigação, como pretende seja reconhecido o apelante. A sentença atacada bem apreciou a matéria da seguinte forma:

"Não recolho o mesmo entendimento do autor. Primeiro, desde que matriculou-se na Universidade requerida, com isso emprestou sua concordância com as regras por ela estatuídas, não lhe sendo lícito, agora argüir que lhe foram cobradas prestações além do que seria devido. Segundo, as cobranças realizadas pela ré têm fundamento na lei ou nos estatutos da universidade, que se presumem do conhecimento dos alunos. Não iria, o Ministério da Educação, por exemplo, permitir a cobrança por estabelecimento de ensino superior de qualquer parcela que eventualmente fosse considerada indevida".

"Mais adiante, prossegue o Magistrado:

'Por fim, sabido, público e notório o modo de funcionamento dos estágios em qualquer universidade. 'Compete ao aluno, por sua iniciativa, escolher o dia, hora e locais onde assistirá as audiências. Ao estabelecimento de ensino compete apenas fixar as premissas, como por exemplo, exigindo sejam freqüentadas audiências criminais, cíveis, comerciais, de família, trabalhistas e assim por diante'.

Ora, era do conhecimento não só do apelante, mas de todos os demais alunos do curso, o modo de funcionamento do estágio e, em especial, a exigência de que assistissem a audiências. Impossível física e materialmente o acompanhamento individual por professor aos alunos, ou até mesmo supervisão de grupos de alunos quando das audiências; até para que os alunos possam ter contato com a prática forense de uma maneira independente, diminuindo o impacto quando na atividade profissional, cada vez mais competitiva nos dias atuais.

Ademais, as audiências assistidas pelo apelante eram relatadas e, posteriormente, avaliadas, ou seja, sua atividade era cobrada e mensurada na determinação do grau. Se acaso não fossem entregues tais relatórios ao professor responsável, provavelmente o apelante não teria obtido o grau necessário à aprovação.

Em conclusão, é de ser afastada a alegação de violação de direi-

to da parte demandante, consistente na cobrança de créditos educacionais indevidos.

4 Ante o exposto, dou provimento parcial ao recurso de Clauzete Maria Estevam tão-somente para afastar a prescrição e, aplicando o § 3º do art. 515 do Código de Processo Civil, analiso o mérito da demanda e julgo improcedente o pedido deduzido na inicial. Invertidos os ônus sucumbenciais, condeno a requerente ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios arbitrados em R$ 500,00 (quinhentos reais), imposição que fica suspensa pelo prazo de cinco anos, conforme o disposto no art. 12 da Lei n. 1.060/50.

Decisão

Nos termos do voto do Relator, por votação unânime, deram provimento parcial ao recurso da autora tão-somente para afastar a prescrição, e, aplicando o art. 515, § 3º, do Código de Processo Civil, no mérito, julgaram improcedente o pedido deduzido na inicial.

Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Cesar Abreu e Desa. Subst. Sônia Maria Schmitz.

Florianópolis, 18 de julho de 2006.

Luiz Cézar Medeiros,
Presidente e Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 2006.019816-9, DE FORQUILHINHA

Relator: Des. Luiz Cézar Medeiros

Processual civil – Sistema de telefonia fixa – Assinatura básica mensal – Competência – Justiça Estadual – Ausência de interesse da União.

A circunstância de a Anatel, na qualidade de agência reguladora, expedir resoluções normativas que devem ser observadas pelas companhias telefônicas, não acarreta a necessidade de ela ou a União integrarem a lide judicial em que se discute a legalidade da tarifa cobrada pela concessionária e se requer a devolução dos valores tidos como pagos indevidamente.

"Deveras, tratando-se de relação jurídica instaurada em ação entre a empresa concessionária de serviço público federal e o usuário, não há interesse na lide do poder concedente, no caso, a União, falecendo, a fortiori*, competência à Justiça Federal" (STJ, CC n. 47.032/SC, Min. Luiz Fux).*

Administrativo e CDC – Suspensão da assinatura básica mensal de telefonia fixa – Previsão legal da cobrança.

A cobrança da assinatura mensal de telefonia fixa tem fundamento na Lei n. 9.472/97 (arts. 19, VII, e 103) e no art. 52 da Resolução n. 85/98 da Anatel, portanto, não merece prosperar o pedido de repetição dos valores pagos a tal título.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2006.019816-9, da comarca de Forquilhinha, em que é apelante Dari Rosa Canteiro e apelada Brasil Telecom S.A.:

ACORDAM, em Terceira Câmara de Direito Público, por votação unânime, negar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

Relatório

Dari Rosa Canteiro ajuizou ação declaratória c/c repetição de indébito contra Brasil Telecom S.A., postulando a declaração de inexigibilidade da prestação devida a título de "assinatura básica residencial" e a devolução em dobro dos valores pagos à requerida, com correção monetária e juros de mora a partir da citação. Requereu a antecipação dos efeitos da tutela para determinar a imediata suspensão da cobrança da aludida assinatura básica.

Ao sentenciar o feito, o Magistrado julgou improcedente o pedido, sob o argumento de que o serviço de manutenção da linha telefônica possui custos fixos independentes da realização ou recebimento de qualquer ligação, razão pela qual "a assinatura básica, com o fornecimento de franquia mensal de pulsos, se enquadra no conceito de tarifa mínima, perfeitamente admissível sua

cobrança como legítima, em especial, para a manutenção da viabilidade do sistema e continuidade da prestação do serviço" (fl. 393).

Inconformado, o autor interpôs o presente recurso. Aduziu, em síntese, "que está sendo cobrado duas vezes pela mesma coisa (*non bis in idem*), pois, na cobrança dos serviços efetivamente prestados (pulsos, transferência de chamadas, identificador de chamadas, etc.), já está incluso o custo operacional, os tributos e o lucro da empresa" (fl. 429). Asseverou que, embora o contrato obrigue as partes contratantes, este não pode contrariar a lei. Requereu a reforma total da sentença para julgar procedente o pedido contido na inicial.

Em contra-razões, a ré sustentou, preliminarmente, a intempestividade do apelo e a incompetência da Justiça Estadual para o processamento do feito. No mérito, afirmou que "restou comprovado que a taxa de assinatura mensal básica encontra supedâneo na Lei n. 9.472/97 (Lei Geral de Telecomunicações), que criou a Anatel e delegou poderes à entidade como órgão regulador do sistema para definir os critérios de tarifação dos serviços de telefonia (art. 19, VIII). O art. 103 da mesma lei reitera a competência da Agência para definir os critérios de tarifação dos serviços" (fl. 439).

Voto

1 De antemão, cumpre ressaltar que o apelo é tempestivo, uma vez que seu protocolo data de 18-4-2006 e não de 28-4-2006, como quer fazer crer a recorrida (fl. 399).

2 A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do Conflito de Competência n. 47.032/SC, em que a Brasil Telecom S.A. figura no pólo passivo, cuja decisão foi relatada pelo Min. Luiz Fux e publicada em 16-5-2005, encerrou qualquer dúvida acerca da questão da competência para processar e julgar ações referentes à cobrança de tarifa de assinatura básica mensal pelas empresas de telefonia fixa, declarando, por unanimidade, competente a Justiça Estadual. Essa decisão teve o seguinte teor:

"Conflito de competência. Assinatura básica residencial. Ação declaratória de inexistência de débito. Brasil Telecom S.A. Empresa concessionária de Serviço Público Federal. Ilegitimidade passiva da União ou quaisquer dos entes elencados no art. 109 da CF/88. Competência da Justiça Estadual.

"1 Ação proposta em face de empresa concessionária de telefonia objetivando o reconhecimento da ilegalidade da 'Assinatura Básica Residencial', bem como a devolução dos valores pagos desde o início da prestação dos serviços.

"2 Deveras, tratando-se de relação jurídica instaurada em ação entre a empresa concessionária de serviço público federal e o usuário, não há interesse na lide do poder concedente, no caso, a União, falecendo, *a fortiori*, competência à Justiça Federal.

"3 Como bem destacou o Juízo Federal: '[...] Tenho que o presente Juízo é absolutamente incompetente para processar e julgar o feito, porquanto não vislumbro o interesse da União no caso em comento. Isto porque o fato de a Anatel, enquanto agência reguladora, ser responsável pela expedição de resoluções normativas, não acarreta a responsabilidade jurídica dela ou da União para responder em ação onde se questiona a validade de tarifa cobrada pela concessionária, com a devolução dos valores pagos a maior. A função da Anatel é regular e fiscalizar a qualidade dos serviços prestados, sendo que a tarifa atacada não é auferida por ela, tampouco pela União. Portanto, a suspensão de sua cobrança ocasionará danos exclusivamente à concessionária, que é quem se beneficia com o recebimento das quantias pagas, de modo que possíveis conseqüências de ordem patrimonial que esta última venha a sofrer serão por esta suportadas e futura revisão no contrato de concessão não altera a competência para o julgamento do presente feito. A relação jurídica, na hipótese vertente, desenvolve-se entre o usuário do serviço e a concessionária', a qual é independente da relação constituída entre 'a concessionária e o poder concedente'. Ademais, sequer cabe à Justiça Estadual sindicar do potencial interesse da Justiça Federal (Súmula 150 do STJ)'.

"4 Conflito conhecido para declarar competente o Juízo de Direito do Juizado Especial Cível de Criciúma/SC, o suscitante.

"Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do conflito e declarar competente o Juízo de Direito do Juizado Especial Cível de Criciúma/SC, o suscitante, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros João Otávio de Noronha, Teori Albino Zavascki, Castro Meira, Denise Arruda, Francisco Peçanha Martins, José Delgado e Francisco Falcão votaram com o Sr. Min. Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Min. Franciulli Netto".

Esse entendimento tem sido confirmado, como se pode observar do julgamento de inúmeros conflitos de competência: CC n. 47814/PB, Min. Luiz Fux, DJU de 20-3-06, p. 178; CC n. 52575/PB, Mina. Eliana Calmon, DJU de 12-12-05, p. 254; CC n. 47.878/PB, Min. José Delga-

do, DJU de 23-5-05, p. 137; dentre outros.

E nesta Corte, dentre tantos, cito julgado da Segunda Câmara de Direito Público:

"Telefonia fixa -- Assinatura básica mensal -- Ação declaratória de inexigibilidade do débito -- Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel) -- Litisconsório necessário inexistente – Competência.

"Não sendo a Anatel (Agência Nacional de Telecomunicações) litisconsorte necessária nas demandas em que usuário dos serviços de telefonia fixa pede a declaração da inexigibilidade da denominada 'assinatura básica mensal', compete à Justiça Estadual processar e julgar a causa (CC n. 48.447, Min. José Delgado)" (Ap. Cív. n. 2005.020133-9, rel. Des. Newton Trisotto).

Firmada a competência da Justiça Estadual para analisar o feito, passa-se ao mérito.

3 A Lei n. 9.472/97, que dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações e sobre a criação e funcionamento da Anatel, estabelece em seus arts. 19, VII, e 103:

"Art. 19. À Agência compete adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras, atuando com independência, imparcialidade, legalidade, impessoalidade e publicidade, e especialmente:

[...]

"VII – controlar, acompanhar e proceder à revisão de tarifas dos serviços prestados no regime público, podendo fixá-las nas condições previstas nesta Lei, bem como homologar reajustes".

"Art. 103. Compete à Agência estabelecer a estrutura tarifária para cada modalidade de serviço".

Da mesma forma, a Resolução n. 85/98 da Anatel, que aprovou o regulamento do serviço telefônico fixo comutado, determina em seu art. 52 que "o valor, a forma de medição e os critérios de cobrança dos serviços prestados serão estabelecidos nos Planos de Serviço, conforme regulamentação específica".

Além disso, o contrato de concessão firmado entre a Anatel e a Brasil Telecom S.A., disponível no *site* da agência reguladora – http://www.Anatel.gov.br/index.asp?link=/biblioteca/contrato/Modelo/contrato_concessao_stfc_ldn_stb.htm?Cod=1027 –, dispõe da seguinte forma no texto do Anexo 3:

"Anexo n. 03. Plano básico do serviço local

"2 Acesso ao Serviço Telefônico Fixo Comutado – STFC.

"2.1 Para o acesso ao Serviço Telefônico Fixo Comutado, a Prestadora poderá cobrar Tarifa de Habilitação, cujo valor é limitado a R$ 80,00 (oitenta reais), conforme definido na Portaria n. 508, de 16-10-97, do Ministro de Estado das Comunicações;

"2.2 Para manutenção do direito de uso as Prestadoras estão autorizadas a cobrar tarifa de assinatura, segundo a tabela abaixo, conforme Portarias n. 217 e 226, ambas de 3-4-97, do Ministro de Estado das Comunicações.

"2.2.1 A assinatura do STFC Local inclui uma franquia de 90 pulsos".

E do contrato pactuado entre a Brasil Telecom e o assinante constam as seguintes cláusulas:

"3.1 Ao Assinante é oferecido um Plano Básico de Serviço com estrutura tarifária definida pela Anatel.

[...]

"3.6 Os Planos de Serviço da Brasil Telecom, suas tarifas, preços, forma de pagamento e critérios de aplicação, serão divulgados ao Assinante quando da celebração deste Contrato".

Dessa forma, observa-se que existe previsão expressa para o pagamento da assinatura básica, não havendo nada de irregular na sua cobrança.

Demais disso, como ocorre com outros serviços dos gêneros, v.g. água, esgoto e fornecimento de energia elétrica, é necessário o estabelecimento de uma tarifa mínima que viabilize o funcionamento contínuo do sistema; noutros termos, o usuário paga um valor mínimo para ter o serviço a sua disposição, mesmo que não o utilize ou o consumo fique aquém daquele patamar.

Assim, é de todo razoável a conclusão de que o serviço de manutenção da linha telefônica possui custos fixos independentes da realização ou recebimento de qualquer ligação. Em razão disso, a assinatura básica, com o fornecimento de franquia mensal de pulsos, enquadra-se no conceito de tarifa mínima. Assim, perfeitamente admissível a legitimidade de sua cobrança, em especial, para a manutenção da viabilidade do sistema e a continuidade da prestação do serviço.

Esse é o entendimento adotado por esta Corte de Justiça, conforme precedentes a seguir colacionados:

"Apelação cível – Ação declaratória – Assinatura mensal de telefonia fixa – Competência da Justiça Federal – Inocorrência – Celeuma pacificada no Superior Tribunal de Justiça – Preliminar rejeitada.

"Consoante pacificado no Superior Tribunal de Justiça, compete

à Justiça Estadual processar e julgar ações em que o usuário do serviço de telefonia fixa visa à suspensão e à devolução dos valores cobrados pelas concessionárias de serviço público a título de 'assinatura básica residencial'.

"Pretensa declaração de ilegalidade da cobrança da assinatura básica mensal de telefonia fixa – Repetição dos valores pagos até então – Impossibilidade – Previsão legal para cobrança da tarifa – Arts. 19, VII, e 103, da Lei n. 9.427/87 – Resolução n. 85/98 da Anatel – Recurso desprovido.

"Mostra-se legal a cobrança da assinatura básica mensal de telefonia fixa porque devidamente prevista nos arts. 19, VII e 103, da Lei n. 9.427/87, bem como no art. 52, da Resolução n. 85/98, da Anatel, não merecendo prosperar, conseqüentemente, o pedido de repetição dos valores já pagos" (Ap. Cív. n. 2006.013018-1, rel. Des. Rui Fortes).

"Apelação cível – Concessão de serviço público – Telefonia – Combate à cobrança de tarifa básica mensal – Remuneração prevista em lei, regulamento e contrato – Competência da Justiça Estadual – Pleito inacolhido – Apelo – Desprovimento.

"Consoante reiterados pronunciamentos do Superior Tribunal de Justiça, a competência para analisar a legitimidade da cobrança de tarifa em feito envolvendo usuário e empresa concessionária de serviço público de telefonia é da Justiça Estadual, em função da ausência de interesse da União no deslinde da quaestio.

"Estando o usuário sujeito aos efeitos da concessão do serviço público facultativo de telefonia, não há que prosperar pleito que visa afastar a cobrança de tarifa legal e contratualmente prevista" (Ap. Cív. n. 2006.003063-0, rel. Des. Francisco Oliveira Filho).

Do corpo desse acórdão, destaca-se esclarecedora e judiciosa argumentação:

"A Lei n. 9.472/97, que dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações e sobre a criação e funcionamento da Anatel, estabelece em seus arts. 19, VII e 103:

'Art. 19. À Agência compete adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras, atuando com independência, imparcialidade, legalidade, impessoalidade e publicidade, e especialmente:

'VII -- controlar, acompanhar e proceder à revisão de tarifas dos serviços prestados no regime público, podendo fixá-las nas condições previstas nesta Lei, bem como homologar reajustes;

[...]

'Art. 103. Compete à Agência estabelecer a estrutura tarifária para cada modalidade de serviço'.

'Por meio da Resolução n. 85/98, da Anatel, que aprova o regulamento do serviço telefônico fixo comutado, em seu art. 52, foi determinado que 'o valor, a forma de medição e os critérios de cobrança dos serviços prestados serão estabelecidos nos Planos de Serviço, conforme regulamentação específica'.

"Por sua vez, denota-se do Anexo 3 do contrato de concessão entre a Anatel e a Brasil Telecom, obtido mediante pesquisa feita ao *site* da agência reguladora:

'Anexo n. 3 Plano básico do serviço local

'2 Acesso ao Serviço Telefônico Fixo Comutado – STFC.

'2.1 Para o acesso ao Serviço Telefônico Fixo Comutado, a Prestadora poderá cobrar Tarifa de Habilitação, cujo valor é limitado a R$ 80,00 (oitenta reais), conforme definido na Portaria n. 508, de 16-10-97, do Ministro de Estado das Comunicações;

'2.2 Para manutenção do direito de uso as Prestadoras estão autorizadas a cobrar tarifa de assinatura, segundo a tabela abaixo, conforme Portarias n. 217 e 226, ambas de 3-4-97, do Ministro de Estado das Comunicações.

'2.2.1 A assinatura do STFC Local inclui uma franquia de 90 pulsos' (http://www.Anatel.gov.br/index.asp?link=/biblioteca/contrato/Modelo/contrato_concessao_stfc_ldn_stb.htm?Cod=1027).

"Por fim, o contrato firmado entre a Brasil Telecom e o assinante estabelece:

'3.1 'Ao Assinante é oferecido um Plano Básico de Serviço com estrutura tarifária definida pela Anatel.

'3.6 Os Planos de Serviço da Brasil Telecom, suas tarifas, preços, forma de pagamento e critérios de aplicação, serão divulgados ao Assinante quando da celebração deste Contrato'.

"Inquestionável, pois, que a remuneração dos serviços de telefonia fixa oferecidos pela Brasil Telecom é realizada mediante o pagamento de tarifa. Diógenes Gasparini diz, aliás, que 'por tarifa ou preço público são remunerados os serviços públicos facultativos, ou seja, os oferecidos aos utentes para que estes os utilizem se e quando desejarem. Mediante tarifa são custeados os serviços de telefonia, os de distribuição de energia elétrica domiciliar e tantos mais' (Direito administrativo, 8. ed., Saraiva, p. 276).

"Indiscutível, também, que a cobrança de tal tarifa de assinatura mensal, como visto, está prevista em legislação específica, submetendo-se a empresa e o usuário às condições impostas pela Anatel. Os direitos e deveres da empresa são definidos em contrato celebrado – após processo licitatório -- com a mencionada agência reguladora, bem como o são aqueles que regem o relacionamento da empresa com os eventuais assinantes. Não é demais repetir que cuida-se de serviço facultativo, e não compulsório, haja vista que prestado apenas àqueles que o solicitam e que, *ipso facto*, concordam em se submeter aos regulamentos pertinentes.

"Hely Lopes Meirelles é preciso ao dizer que toda concessão está sujeita a duas categorias de normas: as de natureza regulamentar e as de ordem contratual. E explica: 'as primeiras disciplinam o modo e forma de prestação do serviço; as segundas fixam as condições de remuneração do concessionário; por isso, aquelas são denominadas leis do serviço, e estas, cláusulas econômicas ou financeiras. Como as leis, aquelas são alteráveis unilateralmente pelo Poder Público segundo as exigências da comunidade; como cláusulas contratuais, estas são fixas, só podendo ser modificadas por acordo entre as partes.

'Consideram-se normas regulamentares ou de serviço todas aquelas estabelecidas em lei, regulamento ou no próprio contrato visando à prestação de serviço adequado; consideram-se cláusulas econômicas ou financeiras as que entendem com a retribuição pecuniária do serviço e demais vantagens ou encargos patrimoniais do concessionário e que mantém o 'equilíbrio econômico e financeiro do contrato', na boa expressão de Caio Tácito' (Direito administrativo brasileiro, 27. ed., Malheiros Editores, p. 367 e 368).

"Por outro lado, é evidente que numa economia de mercado a prestadora de um serviço almeja o lucro, e nessa empreitada se servirá dos meios permitidos pela legislação que regulamenta sua área de atuação, inclusive autorização de cobrança de tarifa de assinatura. Não se trata de serviço subsidiado, como no sistema de 'tarifa zero', onde a satisfação do custo da execução não é responsabilidade do usuário, mas do Poder Público, seu titular – ou seja, onde 'todos pagam pelo serviço prestado a alguns' (Diógenes Gasparini, *op. cit*., p. 277).

"George Vedel e Pierre Delvolvé, autores franceses referidos por Maria Sylvia Zanella Di Pietro *in* 'Parcerias na administração pública', 5. ed., Atlas, p. 93, defendem que 'a concessão de serviço público se constrói sobre duas idéias antitéticas, cujo equilíbrio constitui toda a teoria do contrato de concessão; trata-se:

'-- De um lado, de um serviço público que deve funcionar no interesse geral e sob a autoridade da Administração;

'-- De outro lado, de uma empresa capitalista que comporta, no pensamento daquele que está a sua testa, o máximo de proveito possível'.

"Logicamente que o proveito a que se referem os doutrinadores não é aquele simplesmente derivado de práticas ambiciosamente desmedidas e desordenadas, mas sim corolário de leis, regulamentos e contratos que normatizam e regem as relações Administração Pública – Concessionária e Concessionária – Usuários, e que devem ser respeitados.

"Define, ainda, a propósito, Hely Lopes Meirelles: 'Contrato de concessão de serviço público, ou, simplesmente, concessão de serviço público, é o que tem por objeto a transferência da execução de um serviço do Poder Público ao particular, que se remunerará dos gastos com o empreendimento, aí incluídos os ganhos normais do negócio, através de uma tarifa cobrada aos usuários' (*op. cit.*, p. 252). Em outras palavras, a tarifa deve compensar adequadamente a prestação dos serviços, isto é, 'usuário deve custear o capital, o melhoramento, a expansão dos serviços e a obtenção de um lucro, quando prestado por terceiros (art. 175, parágrafo único, III, CF)' (Diógenes Gasparini, *op. cit.*, p. 276).

"Em contrapartida, obviamente, é garantido ao usuário o fornecimento de serviço correspondente ao contratado, respondendo o prestador pelos prejuízos que a omissão ou o mau funcionamento lhe causar, nos termos do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, bem como aqueles provocados pelos respectivos empregados, responsabilidade objetiva, *ex vi* do art. 37, § 6º, da Constituição Federal. Maria Sylvia Zanella Di Pietro discorre *en passant* acerca deste aspecto 'Direito Administrativo', 18. ed., Atlas, p. 282, itens 6 e 7, porém com minudência*, in* 'Parcerias na administração pública', 5. ed., Atlas, p. 109 e 110.

"*Data venia*, o usuário está sujeito aos efeitos da concessão do serviço público de telefonia, e por isso não pode prosperar pleito que visa afastar a cobrança de tarifa legal e contratualmente prevista.

"A jurisprudência, não obstante ainda escassa, reza:

'Não se pode tratar a relação entre o usuário e a concessionária de serviço público como simples relação de consumo, visto que se cuida de serviço público concedido pela União e, como tal, dotado de presunção de validade e legalidade. A cobrança por serviços públicos colocados à disposição, independentemente da efetiva utilização, encontra apoio na legislação nacional. Quanto aos serviços de telefonia, o procedimen-

to de cobrança está amparado nos artigos 83, parágrafo único, e 93, VII, da Lei n. 9.472/97, nas Portarias n. 217 e 226 do Ministério das Comunicações, no Ato n. 37.166/2003 e na Resolução 85/89 (art. 3º, XXI) da Anatel -- Agência Nacional de Telecomunicações' (TJMS – AC-O n. 2005.008542-9/0000-00 – Dourados – 2ª T.Cív. – Rel. Des. Luiz Carlos Santini – J. 2-8-2005)".

Referente à reforma de decisões concessivas de tutela antecipada, da Primeira Câmara de Direito Público colhem-se os seguintes precedentes:

"Agravo de instrumento -- Interposição contra a concessão de tutela antecipada em ação declaratória negativa cumulada com repetição de indébito -- Suspensão da assinatura básica mensal pela Brasil Telecom – Ausência de pressuposto legal – Ausência de prova inequívoca da verossimilhança da alegação -- Revogação do *decisum* -- Provimento do recurso.

"Se o contrato de concessão de serviço público e a Lei n. 9.472/92, em princípio, autorizam a cobrança da assinatura mensal de telefone fixo, conforme disposto na Resolução n. 85/98 da Anatel -- sua agência reguladora -- e nas Portarias n. 217/97 e n. 226/97 do Ministério das Comunicações, não se afigura verossímil o direito do usuário de exonerar-se do encargo a título de tutela antecipada" (AI n. 2005.018286-4, rel. Des. Nicanor da Silveira).

"Tutela antecipada -- Serviço de telefonia fixa -- Suspensão de cobrança da assinatura básica mensal e detalhamento das chamadas locais -- Incerteza quanto à verossimilhança do direito -- Recurso provido.

"Em linha de princípio, a cobrança da assinatura básica mensal nos serviços de telefonia fixa tem suporte legal nos arts. 19, inc. VII e 103, da Lei n. 9.472/87, bem assim no art. 52, da Resolução n. 85/98, da Anatel, circunstância suficiente a arredar a verossimilhança do direito do usuário em obter medida de tutela antecipada para exonerar-se do pagamento do encargo.

"O mesmo se dá com o detalhamento das chamadas locais, obrigação a que as concessionárias estarão obrigadas a cumprir apenas a partir de 1º de janeiro de 2006, a teor do Decreto n. 4.733/03, e, ainda assim, com ônus e a pedido do usuário" (AI n. 2005.009118-5, rel. Des. Subst. Newton Janke).

"Telefonia fixa -- Assinatura básica mensal -- Legalidade da cobrança -- Antecipação dos efeitos da tutela – Requisitos.

"Quando presentes os pressupostos legais, traduzidos essencialmente no binômio *fumus boni juris* e periculum in mora, tem a parte direito subjetivo às tutelas de urgência --

assim denominadas aquelas aptas 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).

"Não se reveste de *fumus boni juris* pedido de antecipação da tutela que objetiva a suspensão do pagamento da 'assinatura básica mensal' relativa ao serviço de telefonia, porque, conforme a jurisprudência, a sua exigibilidade tem previsão legal (TJSC, AI n. 2005.005712-1, rel. Des. Luiz Cézar Medeiros; TJSP, AI n. 885.043-0/5, rel. Des. Antônio B. Ribeiro Pinto; TJRS, AI n. 700.123.320-45, rel. Des. Antônio Corrêa Palmeiro da Fontoura; TJMS, AI n. 2005.006147-4, rel. Des. Rêmolo Letteriello). Também não se encontra presente o *periculum in mora*, pois eventual retardo na prestação jurisdicional não será capaz de 'inviabilizar [...] a proteção do direito postulado'. Impende considerar, ainda: a) que a 'assinatura básica mensal' é cobrada, sem qualquer oposição dos usuários, há dezenas de anos; b) que o seu valor não é expressivo de modo a justificar a suspensão da exigibilidade; c) o *periculum in mora* inverso -- pelo efeito multiplicador que decisões dessa natureza geram (SS n. 2.726, Min. Nelson Jobim), podendo a perda de receita comprometer a qualidade dos serviços prestados pelas concessionárias (TJRS, AI n. 700.120.236-69, rel. Des. Dálvio Leite Dias Teixeira)" (AI n. 2004.036830-6, rel. Des. Newton Trisotto).

4. Ante o exposto, pelos fundamentos aduzidos, nego provimento ao recurso.

Decisão

Nos termos do voto do Relator, por votação unânime, negaram provimento ao recurso.

Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Cesar Abreu e Desa. Subst. Sônia Maria Schmitz.

Florianópolis, 25 de julho de 2006.

Luiz Cézar Medeiros,
Presidente e Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 2004.012391-4, DE LAGES

Relator: Des. Rui Fortes

Apelação cível – Ação ordinária – Detento que pleiteia o pagamento de parte de remuneração do trabalho desempenhado em estabelecimento prisional, em observância ao disposto no art. 29, caput*, da Lei n. 7.210/84 – Improcedência – Serviço prestado para a própria penitenciária – Aplicação do disposto nos arts. 1º e 2º do Decreto Executivo Estadual n. 1.634/2000 – Remuneração diária de apenas um real – Desconto de 25% do percebido para ressarcir as despesas com o detento – Recurso desprovido.*

A regra do art. 29, caput*, da Lei n. 7.210/84, só tem incidência nos casos em que o detento presta serviço conveniado. Nas hipóteses em que o preso realiza trabalhos para o próprio estabelecimento prisional, aplica-se a norma insculpida no art. 1º do Decreto Executivo Estadual n. 1.634/2000, que estabelece o valor de um real para cada dia de trabalho. Em ambos os casos o mesmo decreto estabelece o desconto de 25% da importância percebida para o ressarcimento do Estado com as despesas do próprio encarcerado (art. 2º).*

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2004.012391-4, da comarca de Lages (Vara da Fazenda, Acidentes do Trabalho e Registros Públicos), em que é apelante Luiz Carlos Medeiros e apelado o Estado de Santa Catarina:

ACORDAM, em Terceira Câmara de Direito Público, por votação unânime, negar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

Relatório

Luiz Carlos Medeiros ajuizou ação ordinária contra o Estado de Santa Catarina, alegando, em síntese, que foi condenado à pena de 4 (quatro) anos, 8 (oito) meses e 7 (sete) dias, pelos delitos previstos nos arts. 147 e 129, § 3º, do CP, e que cumpriu a maior parte da pena no Presídio Regional de Curitibanos, onde trabalhou no período de 2-10-98 a 22-1-01, quando foi beneficiado pelo livramento condicional. Alegou,

entretanto, que, contrariando o disposto na Lei de Execuções Penais (Lei n. 7.210/84), a qual prevê que "o trabalho do preso será remunerado mediante prévia tabela, não podendo ser inferior a três quartos do salário mínimo", recebia apenas R$ 25,00 (vinte cinco reais), ou seja, 16,5% (dezesseis vírgula cinco por cento) do salário mínimo vigente à época. Assim, postulou a condenação do réu ao pagamento das diferenças que deixou de receber em virtude do trabalho que executou no período mencionado.

Citado, o réu apresentou contestação (fls. 22 a 27), aduzindo não serem verídicas as afirmações feitas pelo autor, principalmente porque deixou de laborar em dois dos meses apontados como trabalhados -- um por estar cumprindo sanção disciplinar de isolamento, e outro porque esteve foragido. Além disso, afirmou que, segundo o disposto na letra *d* do § 1º do art. 29 da LEP, parte da remuneração que o autor recebia (25%) era destinada ao ressarcimento de suas despesas dentro do estabelecimento prisional, e tal *quantum* era descontado da importância por ele percebida. Por fim, assinalou ser indevido o pedido do procurador do demandante para ser nomeado defensor dativo, bem como o pagamento de honorários, pois incompatível com o pedido do autor, que pleiteou a concessão da assistência judiciária. Nesses termos, pugnou pela improcedência do pleito.

Após a réplica (fls. 31 a 34), o representante do Ministério Público manifestou-se pela improcedência do pedido (fls. 44 a 46). Sobreveio a r. sentença nesse mesmo sentido (fls. 50 a 57), por ausência de provas do direito que o postulante invocou, condenando-o ao pagamento de custas e honorários, estes fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa, sobrestada a exigência, contudo, na forma do disposto na Lei n. 1.060/50.

Interpostos embargos de declaração pelo Estado (fls. 60 e 61), os quais foram acolhidos (fl. 68 a 71), o autor interpôs recurso de apelação (fls. 62 a 67), aduzindo que não poderia fazer prova de documentos que somente o demandado detém, pois foi este quem procedeu aos pagamentos, e é deste o ônus da comprovação de fato que impeça, modifique ou extinga o direito pleiteado, o que deixou de fazer. Após outras considerações, postulou o provimento do recurso para, reformada a sentença, que o réu seja condenado ao pagamento da diferença que deixou de receber quando desenvolvia atividade laborativa no Presídio Regional de Curitibanos.

Apresentadas as contra-razões (fls. 74 a 79), os autos ascenderam a este grau de jurisdição, e a douta Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pelo provimento do recurso para julgar procedente o pleito exordial (fls. 86 a 93).

Voto

Em que pesem os relevantes argumentos expendidos na apelação e no parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça no que pertine à necessidade de o Estado fazer prova da existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor (art. 333, II, do CPC), levando-se em consideração ainda o disposto no parágrafo único, II, do mesmo artigo, que assinala ser "nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito", não há acolher a pretensão inaugural.

Isso porque, compulsando a legislação estadual atinente ao tema, verifica-se que o Decreto Executivo n. 1.634, de 20-9-00, em seu art. 1º, dispõe que:

"O valor do trabalho executado por sentenciado *dentro dos estabelecimentos penais do Estado de Santa Catarina é fixado em R$ 1,00 (um real) a diária*, sendo que, para os serviços conveniados realizados pelos detentos a remuneração poderá chegar ao valor de até 1 (um) salário mínimo, não podendo ser inferior a ¾ (três quartos) do mínimo, conforme disciplina a Lei de Execuções Penais" (grifou-se).

Destarte, apenas o trabalho desenvolvido por meio de convênio com outras empresas obedece à norma insculpida no art. 29, *caput*, da Lei n. 7.210/84, a qual estabelece que a remuneração do preso não pode ser inferior a ¾ (três quartos) do salário mínimo, nem superior a 1 (um) salário mínimo. Para as demais situações, nas quais o preso presta serviços exclusivos para o estabelecimento prisional e, em conseqüência, para o Estado, sua remuneração por dia trabalhado é de R$ 1,00 (um real).

Além disso, o art. 2º desse mesmo diploma legal corrobora a afirmação do réu de que 25% (vinte e cinco por cento) da remuneração do detento destina-se ao ressarcimento de suas próprias despesas, *in verbis*:

"Do produto da remuneração do detento será destinado o percentual de 25% (vinte e cinco por cento) a título de ressarcimento ao Estado das despesas realizadas com a manutenção do condenado".

Assim, como o apelante não apontou que tipo de trabalho realizava (se para empresa conveniada ou para a própria penitenciária), supõe-se que tenha executado para esta última, até mesmo porque, se fosse trabalho conveniado, a ação não poderia ser ajuizada contra o ente público, em razão da falta de legitimidade para figurar no pólo passivo da demanda.

Dessa forma, levando-se em consideração a remuneração diária e o desconto das despesas, ambos previstos no decreto supramencionado, a importância mensal que o recorrente

afirmou receber, de R$ 25,00 (vinte e cinco reais), mostra-se perfeitamente regular, razão pela qual nega-se provimento ao recurso, mantendo intacto *o decisum a quo*.

Decisão

Nos termos do voto do Relator, decidiu a Terceira Câmara de Direito Público, por votação unânime, negar provimento ao recurso.

Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Cesar Abreu e a Exma Sra. Desa. Subst. Sônia Maria Schmitz. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. André Carvalho.

Florianópolis, 30 de maio de 2006.

Rui Fortes,
Presidente e Relator.

JURISPRUDÊNCIA PENAL

CÂMARAS CRIMINAIS REUNIDAS

REVISÃO CRIMINAL

REVISÃO CRIMINAL N. 2006.004348-6, DE CURITIBANOS

Relator: Des. Amaral e Silva

Processual penal – Revisão criminal – Prova nova – Depoimento testemunhal – Conjunto probatório não modificado – Condenação mantida – Dosimetria – Pena-base acima do mínimo legal – Almejada diminuição – Prova nova que elide circunstância judicial desabonadora – Possibilidade de redução – Pedido que se enquadra no artigo 621, III, do Código de Processo Penal – Pedido parcialmente deferido.

A retificação de um dos depoimentos prestados na ação penal, por meio de justificação judicial, não serve para rever condenação, se essa tiver fundamento também em outros elementos de prova.

É possível a redução da pena pela superveniência de prova válida, que elide fatos usados para valorar negativamente circunstância judicial desfavorável reconhecida na sentença.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Revisão Criminal n. 2006.004348-6, da comarca de Curitibanos, em que é requerente Sérgio Ricardo Becker:

ACORDAM, em Câmaras Criminais Reunidas, por votação unânime, deferir parcialmente o pedido e, de ofício, conceder a alteração do regime prisional.

Custas na forma da lei.

Relatório

Na comarca de Curitibanos, Sérgio Ricardo Becker foi condenado à pena de 3 (três) anos e 3 (três) meses de reclusão, em regime integralmente fechado, e ao pagamento de 53 (cinqüenta e três) dias-multa, por infração ao art. 12, *caput*, da Lei n. 6.368/76.

Pleiteia, na órbita revisional, a absolvição, sob o argumento de que uma testemunha retificou os depoimentos, por meio de justificação judicial, inocentando-o. Alega que a quantidade de entorpecente era insignificante, destinada ao uso próprio, circunstância essa que igualmente afasta o tráfico. Postula, alternativamente, a desclassificação do crime. Por fim, almeja a redução da pena para o mínimo legal, tendo em vista a primariedade.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo indeferimento do pleito, ao entendimento de que o edito condenatório baseou-se em outras provas além do depoimento posteriormente retificado pela testemunha.

Trânsito em julgado à fl. 171 dos autos apensos.

Voto

1 – O pedido é conhecido, porquanto baseado em prova nova produzida sob o crivo do contraditório, consoante documentos às fls. 61 a 81.

Consta que a testemunha Tatiane Lara, na Justificação Judicial n. 022.00.003605-8, retificou os depoimentos prestados na Ação Penal n. 022.00.003605-8, vindo a inocentar o apelante da prática do tráfico de entorpecentes que outrora lhe imputara (fls. 80 e 81).

Nesse sentido:

"Que prestou depoimento perante a Autoridade Policial e perante o Juízo sob pressão e ameaça de ser também presa e processada pelo crime de tráfico, sendo que a ameaça foi realizada pelos três policiais que participaram da operação e que conduziram à tomada dos depoimentos na etapa inquisitória. Que os mesmos três policiais também se fizeram presentes no Fórum na oportunida-

de em que a testemunha foi ouvida no processo. Que a testemunha até imaginou que os policiais também seriam ouvidos, pois estavam do lado de fora da sala de audiências. Que teriam dito para a depoente, quando foi conduzida à Delegacia que se não dissesse que Sérgio vendia drogas para ela seria também presa por tráfico, e que o único jeito de escapar disso era mentindo. Que só fez o que os Policiais pediram porque tinha recém nascido seu filho Douglas e ela ficou com muito medo de ser separada da criança. Se fosse presa. Que em Juízo também mentiu porque os policiais a pressionaram muito, inclusive comparecendo à audiência. Que não sabia das conseqüências do ato, ou que poderia ter dito a verdade sem ser presa. Nessa oportunidade afirma que nunca comprou drogas de Sérgio, embora tenha sido usuária de cocaína por poucos meses há muito tempo atrás, bem antes, inclusive, do próprio incidente. [...] Que ressalta que o teor das declarações que deu em Juízo foi completamente induzido pelos referidos três policiais" (fl. 80).

Em que pesem tais declarações, vê-se da sentença, bem como do acórdão que a manteve, que a condenação do revisionando baseou-se também em outros elementos de prova, quais sejam, confissão extrajudicial e depoimentos prestados por outras duas testemunhas, conforme fls. 83 a 95 e 165 a 170 dos autos apensos.

De modo a ilustrar:

"A autoria é inconteste, tendo o acusado confessado o fato perante a autoridade policial, conforme se vê do depoimento de fl. 7, dizendo ele que forneceu R$ 20,00 em cocaína para Tatiane de Lara, sendo que quando foi abordado pela polícia na rodoviária chegou a engolir uma quantidade de maconha.

"Quando ouvido em Juízo, retratou seu depoimento, dizendo que a cocaína que carregava era para uso próprio, sendo que não apanhou na delegacia, tendo sido 'pressionado' a dar o depoimento mencionado.

"A testemunha de fl. 43 conforta a versão inicial do acusado, dizendo que efetivamente o réu conversou com 'Tati' em frente ao posto Esso, sendo que dentro do carro havia uma sacola com vários 'pacotinhos' dentro e que estes 'pacotinhos' eram brancos, sendo que aquele apreendido pela polícia dentro do carro era semelhante àquele que o depoente havia visto dentro da sacola.

"O que dá fim à versão retratada do réu é o depoimento de Tatiane de Lara (fl. 45), que bem afirma que naquela noite comprou do réu mais de trinta reais em cocaína, sendo que dele já havia comprado em outras oportunidades. Seu depoimento é correlato com aquele que forneceu à autoridade policial à fl. 14, sendo patente, pois, a prova do tráfico de entorpecentes.

"Por fim, a testemunha de fl. 56 bem disse que já havia ouvido falar que o réu comercializava drogas, mesmo sem presenciar o tráfico.

"Portanto, a confissão extrajudicial do acusado, ainda que retratada, mas sem nenhum elemento que aponte vício na sua obtenção, aliado aos demais elementos de prova mencionados, são aptos à condenação".

A retificação da testemunha Tatiane, portanto, não é suficiente, por si só, a alterar o conjunto probatório, daí por que inviável a absolvição.

Desta Corte:

"Se a prova nova, consubstanciada em justificação judicial, não elide todos os elementos probatórios que serviram de convicção para o decreto condenatório, não se pode proclamar a absolvição ou desclassificação, porque a prova produzida, para efeitos revisionais, deve ser concludente e deixar evidenciada a sua inocência" (Rev. Crim. n. 2001.004101-4, da Capital, rel. Des. Irineu João da Silva).

Cumpre notar que as alegações referentes à pequena quantidade de entorpecente e destinação a uso próprio, com o conseqüente pedido de desclassificação, não podem ser examinadas nesta instância, por não se enquadrarem em nenhuma das hipóteses previstas no art. 621 do Código de Processo Penal.

2 – Conheço do pedido de redução da pena.

Consoante entendimento atualmente adotado, é possível a alteração da pena em sede de revisão criminal, desde que tenha ela decorrido de flagrante injustiça ou erro técnico, ou, ainda, sejam descobertas, após a sentença, novas provas de circunstâncias que autorizem a redução da reprimenda.

Nesse sentido, transcrevo o seguinte precedente:

"TJSP: 'A pena só pode ser alterada pela via revisional quando contenha algum erro técnico, contrariando texto expresso da lei penal, ou quando, após a sentença, se descobrirem novas provas de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da reprimenda, conforme disposto no art. 621, I e III, do CPP' (RT 763/546)" (MIRABETE, Julio Fabbrini. Código de Processo Penal Interpretado, 11. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 1.612).

No caso, a pena-base foi aumentada em 6 (seis) meses de reclusão, em virtude da má personalidade do revisionando (fl. 90 dos autos apensos), entendimento esse extraído das declarações da testemunha Tatiane, que, em Juízo, disse haver sido por ele ameaçada (fl. 45 dos autos apensos).

Ocorre, contudo, que Tatiane, como visto, retificou suas declarações,

em procedimento próprio de justificação judicial, dizendo haver sido, na realidade, pressionada por policiais militares nas fases inquisitória e judicial (fls. 80 e 81 dos autos apensos).

Seus novos relatos elidem, por conseqüência, o depoimento originariamente prestado no curso da ação penal, e que outrora servira de fundamentação para o agravamento da reprimenda.

Diante disso, depreende-se haver prova nova, produzida após o trânsito em julgado, que veio a elidir circunstância desfavorável ao requerente, o que permite a modificação da pena em sede revisional.

Outrossim, não havendo demais circunstâncias judiciais desabonadoras, a pena-base deve ser fixada no mínimo legal de 3 (três) anos e 50 (cinqüenta) dias-multa, na primeira fase, assim mantida como final, por ausência de circunstâncias agravantes, causas de aumento ou de diminuição da reprimenda.

Salutar observar que, ainda que incidente na segunda fase a atenuante da confissão espontânea, é inviável a redução da pena aquém do mínimo legal, consoante orientação da Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça.

3 – Pelo exposto, defiro parcialmente a revisão e, de ofício, concedo a alteração do regime prisional.

Decisão

Acompanharam o voto do Relator. Deferiram parcialmente a revisão e, de ofício, concederam a alteração do regime prisional.

Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Gaspar Rubik, Sérgio Paladino, Solon d'Eça Neves, Irineu João da Silva e o Des. Subst. Carstens Köhler. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Humberto Francisco Scharf Vieira.

Florianópolis, 31 de maio de 2006.

Amaral e Silva,
Presidente e Relator.

PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL

APELAÇÕES CRIMINAIS

APELAÇÃO CRIMINAL N. 2006.007578-2, DE PINHALZINHO

Relator: Des. Amaral e Silva

Penal e processual – Latrocínio – Concurso de agentes – Materialidade e autoria comprovadas – Pena – Adequação do regime – Crime hediondo – Regime fechado – Princípio da individualização da pena – Inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90 – Recurso parcialmente provido.

Para o latrocínio não se exige que o apelante consiga realizar a subtração, basta que mate a vítima.

Tratando-se o latrocínio de infração em que a violência contra pessoa constitui parte substancial do delito, respondem todos os partícipes, em face da consciência de que o emprego da arma pode resultar na morte da vítima.

Quem se associa para roubar, atividade na qual a violência contra a pessoa constitui parte integrante do tipo, conscientemente, assume o risco do resultado, lesões ou morte.

Atenta ao princípio da interpretação mais favorável aos sentenciados e ao princípio da estabilidade jurídica e

do tratamento igualitário das situações idênticas, a Câmara se inclina pela inconstitucionalidade do §1º do artigo 2º da Lei n. 8.072/90, porque ele fere o princípio da individualização da pena.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 2006.007578-2, da comarca de Pinhalzinho, em que é apelante Ademir Weber do Nascimento e apelada a Justiça, por seu Promotor:

ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal, por unanimidade de votos, dar parcial provimento ao recurso, para alterar o regime de cumprimento da pena para o fechado, mantidas as demais cominações da sentença.

Custas na forma da lei.

Relatório

Idacir Rodrigues dos Santos foi absolvido e Ademir Weber do Nascimento condenado à pena de 21 (vinte e um) anos de reclusão, em regime integralmente fechado, e ao pagamento de 60 (sessenta) dias-multa, no valor mínimo legal, por infração ao art. 157, § 3º, do Código Penal.

Inconformado, Ademir apela pleiteando absolvição, por ausência de prova da sua participação no evento danoso. Alternativamente, requer a desclassificação para roubo tentado seguido de homicídio, com a exclusão de sua participação no delito contra a vida. Acaso rejeitada a tese desclassificatória, pretende o reconhecimento da participação em crime menos grave, qual seja o roubo tentado, e invoca a causa de diminuição da pena na forma do art. 29, § 2º, do Código Penal, pois abandonara a empreitada criminosa, fugindo do local antes dos disparos fatais.

Em contra-razões, o Dr. Promotor manifesta-se pela manutenção do *decisum* sustentando inquestionável a materialidade e inconteste a autoria, por todo o contexto probatório, que comprovou o dolo do apelante em se apoderar dos bens da vítima, ficando inviável a desclassificação em face da responsabilidade solidária no crime de latrocínio.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça afirma ser cristalina a participação do recorrente no latrocínio, pois “sua conduta foi,

com a de seu parceiro, extremamente relevante para o deslinde da empreitada delituosa, motivo pelo qual deve responder pela prática do ilícito, pois aderiu ao desígnio delituoso e prestou auxílio ao comparsa, assumindo o risco inerente ao resultado, seja para o fim de assegurar a impunidade do crime ou a detenção da coisa" (fl. 633).

O recurso seguiu os trâmites legais.

Voto

1 – O recurso não merece provimento. O roubo qualificado pelo resultado morte – latrocínio – foi comprovado.

A materialidade ficou demonstrada pelo boletim de ocorrência da polícia civil (fl. 9), autos de apreensão (fls. 37, 118 e 119, 235), boletim de ocorrência da polícia militar (fl. 38), recibo de entrega de arma de fogo (fl. 76), registro de ocorrência (fl. 77), termo de reconhecimento e entrega (fl. 120), laudo de exame cadavérico (fl. 252), laudo pericial (fls. 253 a 288) e certidão de óbito (fl. 359).

A responsabilidade do apelante emerge do reconhecimento por testemunhas e pela vítima sobrevivente e exsurge do contexto probatório a certeza moral da co-autoria.

Dorli Walter, vítima, na fase policial, reconheceu o acusado Ademir por fotografia, declinando (fl. 12):

"É pessoa que tem o rosto parecido, principalmente a boca, com o indivíduo que descreve em seu depoimento com aquele que entrou no carro pela sua porta e tinha uma faca numa mão e um revólver na outra".

A testemunha n. 1, em Juízo, disse (fl. 409):

"Que na noite do fato ouviu dois ou três tiros; que estava na esquina da rótula do Hotel Fiorini; que esta rótula fica uma quadra acima do local do fato; que entrou para dentro de casa retornando em seguida quando viu o acusado Ademir apontando uma arma em sua direção; que a depoente estava acompanhada de outra pessoa que lhe puxou pensando que Ademir iria disparar a arma; que ele não disparou e não falou nada, apenas saiu correndo; [...] que reconhece neste ato, através de vidro espelhado, o acusado Ademir Weber do Nascimento como a pessoa que apontou a arma para a depoente [...] que estava chovendo na noite do fato; que conseguiu ver bem Ademir na noite do fato".

A testemunha n. 2, também confirmou, em Juízo, a participação de Ademir (fl. 410):

"Que estava na rótula uma quadra acima na companhia de uma amiga quando ouviu alguém gritar

'vou atirar'; que a depoente pensou que fosse briga e saiu do local com sua amiga; que ouviu então mais de três disparos de arma de fogo; que se dirigiam pela rua João Pessoa quase em frente ao prédio da esquina quando a depoente viu o acusado Ademir apontando uma arma na sua direção e de sua amiga; que viram antes disso Ademir subir correndo a Av. São Paulo; que ele apontou a arma quando estava na rótula do Hotel Fiorini; que esta rótula fica uma quadra acima do local dos fatos; que puxou sua amiga pensando que seriam atingidas se Ademir disparasse a arma; que ele não disparou e seguiu pela Av. São Paulo [...] que neste ato através de vidro espelhado a depoente reconhece Ademir Weber do Nascimento como a pessoa que lhe apontou a arma na noite do fato [...] que o local onde Ademir estava quando apontou a arma para a depoente é bem iluminado".

O apelante Ademir, na autodefesa (fls. 367 e 368), disse que, no dia dos fatos, "almoçou na casa de José Ferreira dos Santos, vulgo 'Domingos', onde também estava 'Deía', irmã de 'Domingos', Marlene Fiber, e o vulgo 'Guire', ficaram fazendo churrasco, ouvindo música e jogando cartas até a meia-noite".

Marlene Faiber, perante a autoridade judicial, afirmou (fls. 472 e 473):

"Que no dia do fato, das 15h30min até as 22h30min o acusado Ademir ficou jogando sinuca no 'bar do guarda' no bairro Maria Terezinha [...] que sabe do horário que Ademir ficou no bar porque das 22h30min foram numa festinha na casa de Domingos [...] que 'Guire' chegou quase no final da festa; que 'Guire' ficou bebendo na festa até o final".

A testemunha de defesa João dos Santos, de alcunha "Guire", em Juízo, declinou (fls. 470 e 471):

"Que depois de sair do Cachorrão do Cléo, o depoente foi direto para casa e chegou por volta das 21h30min; que quando chegou em casa atrás desta estavam o acusado Ademir e Domingos [...] que não faz idéia do horário que Ademir foi embora porque o depoente foi para casa dormir".

João Ferreira dos Santos, vulgo "Domingos", irmão de "Guire", na polícia, disse que, no dia dos fatos, Ademir não esteve na casa dele. Confira-se o depoimento de fl. 88. Em Juízo, mudou a versão, afirmando (fls. 432 e 433):

"No domingo do fato por volta das 15h30min o depoente foi até o bar do Gringo, que depois de uma meia hora chegou o acusado Ademir, que ficaram no bar até as 19h30min; que saíram do bar e foram até a casa do depoente tomar cerveja; que

ficaram na casa do depoente até as 22h30min [...] que Guire não estava na companhia do acusado Ademir e do depoente quando passou a viatura por eles".

Como visto, o álibi apresentado pelo acusado Ademir não foi comprovado. Das testemunhas arroladas pela defesa, algumas mudaram o depoimento prestado na polícia. Em Juízo, todas apresentaram versões diferentes e dissonantes da prova.

Diante do contexto probatório, em que pese a negativa da autoria, não há negar participação ativa do apelante.

"A negativa da autoria, isolada e dissociada dos demais elementos de prova, não merece credibilidade.

[...]

"Aquele que argúi fato impeditivo ou justificativo, para se isentar da culpa, tem o ônus de comprová-lo, na forma do artigo 156 do Código de Processo Penal" (Ap. Crim. n. 2005.022735-7, da Capital, que relatei).

Comprovado que o apelante pretendia a obtenção de vantagem ilícita, qual seja, a subtração do veículo da vítima, mediante uso de arma de fogo, havendo o resultado morte, configurado ficou o latrocínio.

Sobre o latrocínio, explica Fernando Capez:

"O crime de latrocínio está previsto no art. 157, § 3º, 2ª parte, do CP. Ocorre quando, do emprego de violência física contra a pessoa com o fim de subtrair a *res*, ou para assegurar a sua posse ou a impunidade do crime, decorre a morte da vítima. Trata-se de crime complexo, formado pela junção de roubo + homicídio (doloso ou culposo), constituindo uma unidade distinta e autônoma dos crimes que o compõem. Há, assim, um crime contra o patrimônio + um crime contra a vida. Em que pese a presença de crime contra a pessoa, *o latrocínio é precipuamente um delito contra o patrimônio, já que a finalidade última do agente é a subtração de bens mediante o emprego de violência, do qual decorre o óbito da vítima* ou de terceira pessoa que não o co-autor" (Curso de Direito Penal: Parte Especial, v. 2, São Paulo: Saraiva, 2004, p. 397 e 398, grifo nosso).

É entendimento do Supremo Tribunal Federal, nos termos da Súmula 610, que o latrocínio se consuma independentemente da subtração da *res*:

"Há crime de latrocínio, quando o homicídio se consuma, ainda que não realize o agente a subtração de bens da vítima".

Nesse sentido:

"Crime de latrocínio. Ainda que não haja a subtração dos bens da ví-

tima, há crime de latrocínio quando o homicídio se consuma. Crime plurissubjetivo, com unidade de propósitos dos agentes" (STF – HC n. 65.911/SP, rel. Min. Carlos Madeira, DJ 20-5-88. *In* RT 633/351).

Da jurisprudência desta Corte:

"Latrocínio – Pretendida desclassificação para homicídio – Impossibilidade – Nítida nos autos a intenção dos agentes em assaltar os postos de gasolina – Morte da vítima, frentista, ocorrida nesta circunstância – Recurso desprovido" (Ap. Crim. n. 96.004682-8, de Rio do Sul, rel. Des. Álvaro Wandelli).

Impossível, como se vê, a desclassificação para roubo tentado seguido de homicídio.

2 – Não há reconhecer a participação em crime menos grave.

Embora não tenha sido Ademir o autor direto dos disparos que ceifaram a vida da vítima Darci Moresco, ao se associar a comparsa que portava arma de fogo, Ademir o fez ciente da probabilidade de resultado mais grave, a morte da vítima.

Ademais, Ademir também portava arma de fogo, além de faca, conforme declarações da vítima Dorli (fl. 506) e das testemunhas n. 1 e 2, às fls. 409 e 410, situação que, por si só, afasta a pretensão de reconhecimento de crime menos grave, pois admite o evento morte na linha de desdobramento do delito patrimonial.

Tratando-se de concurso de agentes, responde pela violência aquele que, como o apelante, intencionalmente contribuiu para a morte, pouco importando qual tenha sido sua atuação específica.

Marcelo Fortes Barbosa explica:

"Adotada a teoria do domínio do fato dentro de um contexto de culpabilidade limitada, está mais ou menos assentado pela jurisprudência que todos os partícipes devem responder pelo resultado morte causado por um deles, desde que este resultado se situe na linha de desdobramento causal da ação praticada.

"Em conseqüência, todos aqueles que quiseram ou concordaram em participar do crime de roubo seguido de morte, dentro de uma só unidade complexa de fato, respondem pelo latrocínio ainda que não tenham atirado na vítima.

"É o que se depreende deste excelente acórdão:

'Latrocínio -- Co-autoria -- Reconhecimento que independe de se saber qual dos co-réus desferiu os golpes fatais -- Suficiência da presença de ambos no cenário da infração, a ela aderindo conscientemente, predispostos à subtração ocorrida -- Responsabilidade solidária dos agentes pelo crime consumado.

'Indiferente para os fins de reconhecimento da co-autoria no crime de latrocínio saber-se qual dos agentes foi o autor dos golpes fatais' (Ap. 95.623-3, 2ª C., j. 24-9-90, rel. Des. Canguçu de Almeida).

"Assim, quem adere ao plano delituoso e nele está presente do princípio ao fim, chegando, às vezes, a participar da divisão do produto do crime, não pode eximir-se da responsabilidade pelo latrocínio, sob a alegação de que a violência contra a vítima foi praticada por outro dos assaltantes, porque toda a sua participação foi prevista e voltada para o mesmo fim" (Latrocínio. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 50 e 51).

Weber Martins Batista tem idêntico posicionamento:

"Doutrina e jurisprudência estão entendendo, em face da regra da nova Parte Geral do CP, que todos os participantes respondem pelo resultado morte, causado por um só deles, se tal resultado estava na linha de desdobramento natural da ação praticada. No caso de roubo à mão armada essa conclusão parece evidente. Ao consagrar tal hipótese como de roubo especialmente agravado, o legislador teve em mira apenar mais severamente um fato que é mais grave, exatamente por causa do risco objetivo a que fica exposta a integridade física e a vida da vítima. Da ameaça com arma a seu uso efetivo, causando ferimentos graves ou a morte da vítima, não vai mais que um passo, pois este resultado está na linha de desdobramento normal da ação do criminoso armado. Assim, todos aqueles que concordam em participar de tal crime, ainda que prestando auxílio de menor importância, devem responder pelo latrocínio.

[...]

"Aquele que adere ao plano delituoso e o executa do princípio ao fim, inclusive até a divisão do produto do crime, disse-o o douto Des. José Rizkallah, do TJMS não pode eximir-se da responsabilidade pelo latrocínio, sob alegação de que a violência contra a vítima foi praticada por outro dos assaltantes, porque toda sua participação foi prevista e voltada para o mesmo fim. Afirmar o contrário será negar os princípios da causalidade e da co-autoria adotados por nossa lei penal (Ac. un., T. Crim., 03.04.85, AD 23.302)" (O Furto e o Roubo no Direito e no Processo Penal: Doutrina e Jurisprudência. Rio de Janeiro: Forense, 1987. p. 266 e 267).

É da jurisprudência:

"Latrocínio – Concurso de agentes – Para fins de co-autoria é indiferente não ter sido o agente o autor dos disparos – A presença no cenário da infração a ela aderindo conscientemente, é o que basta para a responsabilização penal – Condenação mantida" (TJSP – Ap. Crim. n. 235.630-3 – rel. Passos de Freitas – j. 3-3-98).

"Latrocínio – Co-autoria – Caracterização – Irrelevância de não ter sido o réu o autor do disparo fatal – Recurso provido.

"Quem se associa a outrem com a finalidade de praticar assalto, sabendo que o comparsa está armado, assume o risco de responder como co-autor de latrocínio, sendo irrelevante a circunstância de não ser o autor do disparo" (TJSP – Ap. Crim. n. 170.080-3 – rel. Pereira da Silva – j. 2-12-96).

"Em sede de co-autoria quem de qualquer modo contribui para o crime incide nas penas a este cominadas, de sorte que no crime de latrocínio é irrelevante saber-se quem disparou o tiro que matou a vítima, pois todos os agentes assumiram o risco de produzir o resultado morte" (TJDF -- Ap. Crim. n. 16.945/96 – rel. Des. Pedro Aurélio Rosa de Farias – j. 20-2-97).

"Latrocínio – Co-autoria – Agente motorista dos executores diretos do crime – Participação -- Condenação.

"Todos aqueles que quiseram ou concordaram em participar do crime de roubo, que acabou seguido de morte, dentro de uma só unidade complexa de fato, em pleno desdobramento causal da ação criminosa, respondem pelo latrocínio ainda que não tenham atirado na vítima" (Ap. Crim. n. 96.003862-0, de Chapecó, rel. Des. Subst. Nilton Macedo Machado).

3 – Em face de recente decisão do Supremo Tribunal Federal, *data venia*, merece reparo o regime de cumprimento da pena.

Inicialmente, é importante ressaltar que não houve afastamento da hediondez em nenhum dos crimes que compõem o rol taxativo do art. 1º da Lei dos Crimes Hediondos, e que o caráter hediondo do delito não está em julgamento, nem foi objeto da recente decisão do STF, no HC n. 82.959.

O que a Suprema Corte decidiu, por maioria de votos, foi considerar inconstitucional o cumprimento da pena no regime integralmente fechado para os crimes hediondos (§ 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90).

Nesse sentido, em outra oportunidade, já decidi:

"Crime hediondo – Regime inicialmente fechado – Princípio da individualização – Inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90 – Recurso parcialmente provido" (Ap. Crim. n. 2006.003149-8, de Joaçaba).

4 – Pelo exposto, dou parcial provimento ao recurso apenas para alterar o regime de cumprimento de pena para o fechado, mantidas as demais cominações da sentença.

Decisão

Acompanharam o voto do Relator. Deram parcial provimento ao recurso apenas para alterar o regime de cumprimento de pena para o fechado, mantidas as demais cominações da sentença.

Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Gaspar Rubik e Souza Varella. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Raul Schaefer Filho.

Florianópolis, 11 de abril de 2006.

Amaral e Silva
Presidente e Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 2006.007038-0, DE ANITA GARIBALDI

Relator: Des. Solon d'Eça Neves

Apelação criminal – Crime contra a fé pública – Alteração de documento público – Materialidade e autoria devidamente comprovadas – Laudo pericial conclusivo, que dá conta da adulteração de informações – Depoimento de testemunha em harmonia com o contexto probatório – Impossibilidade de se admitir a tese de desgaste natural – Alteração apta a iludir o homem médio – Alteração não grosseira – Sentença mantida – Recurso desprovido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 2006.007038-0, da comarca de Anita Garibaldi, em que é apelante Nilson Soares e apelada a Justiça, por seu Promotor:

ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal, por votação unânime, negar provimento ao recurso.

Custas legais.

Relatório

O representante do Ministério Público da comarca de Anita Garibaldi ofereceu denúncia contra o acusado Nilson Soares, dando-o como incurso nas sanções do art. 297 do Código Penal pelas razões assim narradas na exordial:

"Em data até a presente fase não determinada o denunciado Nilson Soares alterou a sua carteira nacional de habilitação, registrada sob o n. 041132805, apagando com borracha o espaço referente à categoria e, com a alteração do documento público, o denunciado pôde conduzir veículos automotores de qualquer categoria que não apenas a tipo "c", a qual era efetivamente habilitado.

"Tal fato apenas chegou ao conhecimento das autoridades porque o denunciado foi renovar a sua carteira em abril de 2004, tendo apresentado a que fora objeto de alteração".

O processo seguiu seus trâmites legais, e, ao final, o Magistrado julgou procedente a denúncia para condenar o acusado Nilson Soares à pena de 2 (dois) anos de reclusão, em regime aberto, e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa, no seu mínimo legal. Ato contínuo, substituiu a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, quais sejam, uma de prestação pecuniária, no valor de 1 (um) salário mínimo pago à Pastoral da Criança de Anita Garibaldi (SC), e uma de prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, na razão de uma hora de tarefa por dia de condenação.

Inconformado com o teor da decisão entregue, o acusado Nilson Soares interpôs recurso de apelação, pugnando, em síntese, a absolvição sob os seguintes argumentos, quais sejam: que a informação do documento foi apagada em virtude da ação do tempo; que o documento nem sequer foi utilizado; que a falsificação é grosseira e não possui potencial lesivo; que não é possível averiguar a data da alteração; que apagar o que, em tese, já teria sido alterado não é fato típico do art. 297 do Código Penal.

Contra-arrazoado o recurso, os autos ascenderam a esta superior instância, e a douta Procuradoria-Geral de Justiça, com parecer da lavra do Dr. Anselmo Agostinho da Silva, opinou pelo desprovimento do apelo.

Com efeito, o recurso da defesa não merece agasalho.

Voto

O apelante foi condenado por alterar documento público verdadeiro, isto é, por alterar informação constante na categoria e data de validade de sua carteira nacional de habilitação, praticando, assim, a conduta descrita no art. 297 do Código Penal, *verbis*:

"Art. 297. Falsificar, no todo ou em parte, documento público, ou alterar documento público verdadeiro:

"Pena – reclusão, de dois a seis anos, e multa".

A materialidade está indubitavelmente consubstanciada no laudo

pericial (fls. 18 a 23), que constatou fraude no campo categoria da carteira nacional de habilitação pela remoção de dados.

Do laudo pericial, extrai-se:

"[...] Foi constatada diferença de coloração no preenchimento do campo:

"Categoria (removida por instrumento apagador, possivelmente borracha).

[...]

"Conclusão:

"[...] apresenta-se fraudada no campo categoria através de remoção de dados" (fls. 18 e 19).

A autoria, por sua vez, revela-se incontestável. Embora o apelante tenha negado a responsabilidade, as provas colacionadas aos autos não ressoam nesse sentido, em especial a prova testemunhal.

Zaira Pereira Rudolf, responsável pelo Setor de Carteira de Habilitação da 8ª Delegacia Regional de Polícia, asseverou:

"[...] que no mês de abril do corrente ano Nilson Soares deu entrada na renovação de sua Carteira de Habilitação; que dentre os documentos entregues no setor, havia uma fotocópia da Carteira de Habilitação, já que a carteira não estava vencida; que no entanto a depoente achou estranho o fato de no campo da categoria haver sinais de adulteração, motivo pelo qual solicitou a Nilson o seu comparecimento na Delegacia Regional, para apresentar o original da Carteira de Habilitação; que na data de dezoito de novembro do corrente ano, Nilson compareceu no setor, apresentando a Carteira original, conforme lhe foi solicitado; que a depoente percebeu de que havia indícios de adulteração no campo da categoria, motivo pelo qual encaminhou o documento a esta autoridade para apreensão; que Nilson disse não ter adulterado o citado documento, e que o mau estado da Carteira se deu em virtude de carregá-la no bolso enquanto de sua atividade laboral no meio rural [...]" (fl. 25).

Ressalte-se que, na fase judicial, a testemunha Zaira Pereira Rudolf, acrescentou:

"[...] o documento havia sido adulterado no campo da categoria, de C para D [...]" (fl. 60).

Assim, apesar de o apelante ter negado a alteração das informações constantes na sua carteira nacional de habilitação, sustentando a tese de que referidas informações se apagaram em virtude da ação do tempo, haja vista que o apelante desempenhava suas atividades no meio rural, tal assertiva não merece prosperar.

É que a perícia realizada, bem como o original acostado aos autos

demonstram que apenas o local preenchido pela letra "C" no quesito categoria fora apagado, além do campo referente à data da expedição do documento. Vale lembrar que as marcas próximas à letra "C" e os espaços destinados ao dia e ao mês da expedição da carteira nacional de habilitação mantiveram-se inalterados.

Dessarte, impossível acreditar-se que o uso prolongado da carteira nacional de habilitação acarretaria o desgaste de uma informação específica.

No tocante à alegação de que a conduta seria atípica, tendo em vista ser grosseira a falsificação, mais uma vez não merece respaldo a tese da defesa.

É cediço que o art. 297 do Código Penal só não resultaria evidenciado se a falsificação fosse tão grosseira e visível que nem sequer poderia enganar o homem médio. Não se pode, pois, comparar a percepção dos experts com a das pessoas ditas comuns.

No caso em tela, somente a responsável pelo Setor de Carteira de Habilitação identificou a alteração de algumas informações do documento, o que muito provável não seria possível por um leigo.

Sobre o tema, Fernando Capez leciona:

"A falsificação ou alteração deve ser apta a iludir o *homo medius*, pois, se grosseira, poderá o fato constituir crime impossível ou o delito de estelionato [...]" (*in* Curso de Direito Penal, parte especial, vol. 3, São Paulo: Saraiva, 2004, p. 302).

Colhe-se da jurisprudência:

"[...] Falsificação de documento público que, embora considerada grosseira por policial habituado com o documento original, não o é para as pessoas leigas. Delito configurado.

'Falsificação grosseira é aquela evidente, clara, que a todos se faz sentir. É a perceptível pelo leigo, é a feita sem nenhum cuidado, com rasuras e alterações grosseiras' (TJSP, Ap. Crim. n. 108.225-3/5, rel. Renato Nalini)" (Ap. Crim. n. 2002.003389-8, rel. Des. Maurílio Moreira Leite).

Logo, por ter a adulteração sido descoberta somente por pessoa perita, não prospera a tese defensiva de que o homem leigo poderia reconhecer a alteração de informações.

Quanto à alegação de que o apelante não fez uso do documento, esta também não merece guarida. Veja-se, pois, que o apelante apresentou a sua carteira nacional de habilitação na Delegacia de Polícia com o fim de ver-se beneficiado com a renovação de seu documento.

Salienta-se, ainda, que o apelante alterou informações de docu-

mento público, o que sem dúvida acarreta infração ao disposto no art. 297 do Código Penal. Logo, o fato de o apelante ter apagado informação, uma vez já alterada, não muda em nada acerca do preenchimento do tipo penal. Ora, o apelante, sem dúvida, alterava a categoria referente ao veículo, o qual era habilitado de acordo com as suas necessidades.

Por fim, quanto ao pedido de absolvição do apelante, sob o argumento de que não é possível aferir a data da alteração, este mais uma vez não merece respaldo.

Depreende-se dos autos que a validade da carteira nacional de habilitação era até 30-4-2004 (fl. 20), e que o apelante apresentou-a para renovação em abril de 2004 (fl. 10). Assim, entende-se que a adulteração ocorreu nessa época, porquanto o apelante pretendia auferir vantagem no ato da renovação.

Assim, diante do exposto, nega-se provimento ao recurso.

Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Des. Amaral e Silva e dele participou o Exmo. Sr. Des. Gaspar Rubik. Lavrou o parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Anselmo Agostinho da Silva.

Florianópolis, 11 de abril de 2006.

Souza Varella,
Presidente, para o acórdão;
Solon d'Eça Neves,
Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 2004.003158-0, DE VIDEIRA

Relator: Des. Subst. Carstens Köhler

Trânsito – Homicídio culposo – Motorista que invade a contramão de direção e colide frontalmente com veículo em que se encontrava a vítima – Fato previsível ante as condições do local e que exigiam diligência redobrada da recorrente – Culpa exclusiva do ofendido não demonstrada – Imprudência da apelante condutora caracterizada – Inviabilidade de reconhecimento de ter a agente agido em estado de necessidade – Condenação mantida.

Dosimetria – Pleito de redução da suspensão da habilitação para dirigir veículo automotor – Possibilidade – Pena-base infligida em desconformidade com a privativa de liberdade aplicada – Minoração que se impõe.

Recurso parcialmente provido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 2004.003158-0, da comarca de Videira (1ª Vara), em que é apelante Cléris Aparecida Ariotti e apelada a Justiça, por seu Promotor:

ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal, por votação unânime, dar parcial provimento ao recurso.

Relatório

A representante do Ministério Público oficiante na 1ª Promotoria de Justiça da comarca de Videira ofereceu denúncia contra Cléris Aparecida Ariotti, dando-a como incursa nas sanções do art. 302 da Lei n. 9.503/97, em razão dos seguintes fatos assim descritos na exordial acusatória (fl. 2):

"Na noite de 5 de maio de 2000, por volta das 23:40 horas [*sic*], a denunciada conduzia o veículo GM/Corsa Super, placa MBB 2060, de propriedade de seu genitor, pela Rodovia SC-453, no sentido Videira/Iomerê, neste Município, quando, imprudentemente, no km 62, invadiu a pista contrária, chocando-se frontalmente com o veículo VW/GOL, placa MAM 1397, conduzido pelo proprietário Airton José Valer, que vinha em sentido contrário, provocando a morte da caroneira deste, a vítima Ana Maria Debastiani, consoante auto de exame cadavérico de fl. 7" .

Regularmente processado o feito, o Magistrado julgou procedente a denúncia (fls. 114 a 118) para condenar Cléris Aparecida Ariotti ao cumprimento de 2 (dois) anos de detenção, em regime aberto, além da suspensão da habilitação para dirigir veículo automotor, pelo mesmo prazo da pena privativa aplicada, por ter infringido o disposto no art. 302 do Código de Trânsito Brasileiro.

A pena privativa de liberdade foi substituída por duas restritivas de direitos, uma consistente em prestação de serviços à comunidade e outra em prestação pecuniária, fixada esta no valor de 1 (um) salário mínimo.

Irresignada com a prestação jurisdicional entregue, apelou

tempestivamente a sentenciada à fl. 121, cujas razões encontram-se acostadas às fls. 126 a 137, em que sustenta, em síntese, a inexistência de culpa, já que ficou provado pelos depoimentos das testemunhas que apenas agiu em estado de necessidade defensivo e, também, que inexistem provas a sustentar o decreto condenatório, devendo a dúvida prevalecer em seu favor.

Ao final, postulou sua absolvição ou, sucessivamente, a redução da pena de suspensão da habilitação para dirigir veículo automotor para o mínimo legal.

Com as contra-razões (fls. 138 e 139), os autos ascenderam a este grau de jurisdição, e a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer lavrado pelo doutor Anselmo Agostinho da Silva, opinou pelo provimento parcial do recurso (fls. 143 e 144).

Voto

A irresignação merece lograr êxito tão-somente no que toca à dosimetria da pena.

É atribuída à recorrente a prática de homicídio culposo na direção de veículo automotor – art. 302, *caput*, do Código de Trânsito Brasileiro, por ter ela, segundo narra a denúncia, invadido a pista contrária de sua direção, "chocando-se frontalmente com o veículo VW/Gol, placa MAM 1397, conduzido pelo proprietário Airton José Valer, que vinha em sentido contrário, provocando a morte da caroneira deste, a vítima Ana Maria Debastiani, consoante auto de exame cadavérico de fl. 7" (fl. 2).

Sabe-se que em crimes culposos, mormente em delitos de trânsito, a culpa exclusiva da vítima isenta o autor de responsabilidade penal.

Com efeito, nenhuma dúvida persiste no que toca à materialidade da infração – Relatório de Acidente de Trânsito (fls. 6 e 7); Relação Complementar de Vítimas do Relatório de Acidente (fls. 8 e 9); fotografias juntadas à fl. 10; e Auto de Exame Cadavérico e Certidão de Óbito (fls. 11 e 12) – tampouco quanto à autoria, já que nas duas oportunidades em que foi ouvida (fls. 25, 62 e 63) a ré confirmou que colidiu com o seu veículo naquele em que se encontrava a jovem vítima, porém aduziu que apenas desviou o automóvel para a pista contrária em razão de o automotor conduzido por Airton José Valer ter invadido a sua mão de direção.

Assim, para que se conclua acerca da responsabilidade criminal pelo evento que resultou na morte de Ana Maria Debastiani, é imprescindível verificar se o fato era previsível – tendo em vista as condições pessoais da acoimada – e se ela desatendeu ao cuidado e à atenção adequados e

exigíveis nas circunstâncias concretas em que atuou.

De início, há que deixar consignado que são fatos inquestionáveis que a colisão dos veículos foi frontal e que o acidente se deu na contramão de direção em que seguia a ofendida.

Incontroversas, de igual maneira, eram as condições verificadas no momento do infortúnio, a saber: noite escura, não havia iluminação pública no local, estava garoando e a pista encontrava-se molhada, segundo se vislumbra no Relatório de Acidente de Trânsito de fl. 6, que vem ilustrado com o respectivo croqui (fl. 7v.), que revela, diga-se desde já, que a colisão se deu na pista que vai em direção à cidade de Videira, bem como a existência de um recuo da pista asfáltica medindo um metro em cada um de seus lados.

À vista desses pontos preliminares, pode-se chegar à conclusão de que, tendo a inconformada invadido a pista contrária e colidido frontalmente com outro veículo, agiu com culpa, na modalidade imprudência.

No entanto, para que se tenha certeza da afirmação que ora se realiza, há que enfrentar duas importantes questões: a primeira, se a culpa foi exclusiva da vítima, como quer fazer crer a combatente defesa, e a segunda, se a increpada agiu sob o manto da excludente de ilicitude do estado de necessidade, como insiste em suas razões recursais.

Ouvido, tanto na Delegacia de Polícia como em Juízo, o motorista do automóvel em que estava a vítima, Airton José Valer, narrou sem discrepâncias como ocorreu o acidente, senão confira-se:

"[...] que no dia dos fatos estava garoando e no local do acidente não havia luz a não ser a dos faróis dos veículos envolvidos no acidente; que, o declarante trafegava em uma reta e desenvolvia uma velocidade aproximada de 70 km por hora; que o declarante viu que à frente na contra mão [*sic*] de direção trafegavam quatro veículos, sendo que os três primeiros passaram, e o quarto deu uma jogadinha para a esquerda, isso para a contra mão [*sic*] de direção, ou seja, para a mão de direção do declarante; que foi nesse momento em que o choque aconteceu e desse momento em diante não viu mais nada [...]" (fl. 33).

Diante da Magistrada, o referido condutor gizou sua versão com maiores detalhes (fls. 94 e 95):

"que reconhece que estava dirigindo o seu veículo Gol, pela Rodovia Estadual que liga Videira a Iomerê, no sentido Iomerê/Videira; que levava de caroneira a professora Ana Maria Debastiane; que era noite e garoava; que momentos antes da colisão lembra que passou por outros

veículos que trafegavam no sentido contrário; que à frente do carro do depoente não havia trafegando nenhum veículo, que estivesse próximo a ponto de ser visto; que atrás do veículo do depoente trafegava[m] dois carros, sendo que um era conduzido pelo professor Flávio e o segundo pela diretora do colégio onde lecionava, professora Zaira; que os referidos veículos não se envolveram no acidente, pelo que conclui que não estivessem tão próximos; que lembra que momentos antes do acidente viu os faróis de outros veículos, que trafegavam em sentido contrário, os quais seguiam uma 'linha reta' e que de repente um desses fachos de luz (dos faróis), desviou-se em direção à pista do depoente, de forma que não teve tempo para esboçar qualquer reação de defesa, e veio a acordar apenas no hospital; que esclarece que chegou a recobrar a consciência por uns 10 ou 15 minutos, no local do acidente, mas voltou a ficar inconsciente; que trafegava a uma velocidade de 60 a 70 km/h, pois estava se aproximando de uma curva; que no sentido que seguia a curva ficava para o lado esquerdo; que havia uma pequena inclinação da pista, sendo que o depoente estava no sentido em que descia o declive; que as fotografias de fl. 72, retratam o local do acidente [...]".

As declarações supracitadas revelam, num primeiro momento, que Airton vinha conduzindo seu veículo normalmente em sua mão de direção, em velocidade compatível com a rodovia, quando, momentos antes de chegar numa curva à esquerda, foi surpreendido com o veículo da ré em sua pista de rolamento, não tendo ele tempo para esboçar qualquer reação, circunstâncias estas que culminaram na morte da caroneira que levava consigo e que trouxe para si graves complicações, conforme registrado à fl. 14.

Aliás, quanto às palavras trazidas por este informante, há que anotar que estas, diversamente do que se defende nas razões recursais, não são tidas por suspeitas pelo simples fato de Airton ter instaurado no juízo cível demanda de ressarcimento de danos contra a apelante – o que é mais do que previsível, uma vez que teve seu veículo completamente destruído -- não havendo justificativas outras para se acreditar que aquele tenha interesse em fazer uma grave acusação contra uma pessoa que nem sequer conhece, se verdadeira não fosse a versão que trouxe com concordância na Delegacia de Polícia e em Juízo.

Além das declarações desse motorista, outra circunstância chamou a atenção e não poderia deixar de ser trazida à baila, que é o depoimento de Flávio Rogério Otto, que foi ouvido em ambas as etapas procedimentais e que também teve o seu depoimento colhido no juízo

cível encartado a este processo, como prova emprestada, do qual se extrai a seguinte e importante afirmação: "[...] que num baile do chope, ocorrido em novembro passado em Rio das Antas, conversou com uma moça chamada Leila, que se encontrava no carro da ré; que Leila disse que haviam se perdido, indo para a contramão, sendo [que] então colidiram com o veículo do autor que vinha em sentido contrário" (fl. 79).

E, na fase investigativa, aditou essa mesma testemunha, que trafegava atrás do veículo sinistrado (fl. 91): "[...] que a colisão aconteceu na faixa de direção do Gol e o Corsa estava totalmente na contra-mão [*sic*] que os dois carros após a colisão ficaram parados em cima da pista de rolamento no sentido em que trafegava o depoente. [...] que a estrada era sinuosa e poderia dizer na sua opinião que o Corsa passou reto na curva pela contra-mão [*sic*] [...]".

O exame criterioso dos elementos até então colhidos demonstram, pois, que a culpa pelo infortúnio foi exclusiva da sentenciada, não havendo nenhuma parcela de culpa por parte do motorista do veículo Gol, o qual, como se viu, trafegava normalmente em sua mão de direção no momento da colisão.

De mais a mais, o fato de que uma das rodas traseiras do automóvel de Airton se encontrava na pista de rolamento contrária, por si só, não tem o condão de viabilizar a almejada absolvição, uma vez que não é preciso ser perito em física para compreender que a força do impacto foi tamanha – já que cada veículo transitava a cerca de 70 km/h – que é bem provável que o deslocamento do veículo Gol verificado nas fotos de fl. 10 resultou dessa violenta colisão.

Excluída, dessa forma, qualquer possibilidade de culpa por parte de Airton José Valer, pode-se afirmar que a insurgente não agiu acobertada pelo estado de necessidade, como insiste em seu apelo.

Isso porque, em primeiro lugar, se realmente fosse verídica a versão por si apresentada, de que o veículo Gol foi quem invadiu a sua mão de direção, poderia a acusada ter outras alternativas que não a que foi por si adotada, como por exemplo frenar seu automóvel e desviá-lo em direção ao recuo existente na margem direita da pista de rolamento, que embora medisse apenas um metro de largura seria o suficiente para evitar a colisão.

Além disso, a verossimilhança da história trazida pela recorrente esbarra de frente num fator que ainda não foi explorado nos autos, qual seja, o período de tempo que ela teve para reagir à suposta invasão de sua mão de direção por parte do veículo Gol.

Segundo afirmou na etapa investigativa (fl. 25):

"[...] transitava normalmente pela sua mão de direção, quando deparou com o veículo VW/Gol, trafegando em sentido contrário, e na contra mão [*sic*] de direção, ou seja, na mão de direção da declarante; que em princípio achou que o condutor do veículo, fosse retornar para a sua mão, mas, quando viu que não ia dar tempo, a declarante puxou seu veículo para a pista contrária, e foi nesse momento que o condutor do Gol, também efetuou uma manobra, retornando para sua pista, e foi aí que os veículos se chocaram [...]".

Em juízo (fl. 63), acrescentou:

"[…] que antes do local do acidente, havia uma curva, conforme retratado no croqui de fl. 7v., sendo que o 'final da curva', considerando o sentido que trafegava a interroganda, ficava a uma distância de uns 150 metros do local do impacto; que ressalta ainda que depois de ter efetuado a curva, momentos antes da colisão, já avistou o carro que vinha na contra-mão [*sic*], sendo que a interroganda manteve-se na sua pista, esperando que o outro carro retornasse para a mão de direção dele, porém como isso não aconteceu, foi que decidiu desviar daquele".

Pelo que disse a increpada, visualizou o veículo Gol na contramão de sua direção, aguardou que esse manobrasse de volta para a sua pista, o que disse não ter ocorrido, para só então proceder à invasão da pista contrária, que achou ser ela a alternativa para se livrar da alegada imprudência de Airton.

A testemunha Leila Fernanda Morelatto, uma das caroneiras da apelante, e que se encontrava ao lado desta – cujos depoimentos são tidos pela condenada como as únicas e irrefutáveis provas de suas versões –, asseverou que antes da colisão "a ré começou a dizer que 'esse veículo está vindo na nossa mão', repetindo isso por várias vezes [...]" (fl. 96), o que faz concluir que, mesmo que fosse verdadeira a história de que o veículo Gol invadiu sua mão de direção, a recorrente teria tempo suficiente para adotar as medidas necessárias, como frenar ou desviar seu veículo para o acostamento que, repita-se, embora pequeno, existia.

Na verdade, o desenrolar do evento e suas peculiaridades dão a entender que a apelante, retornando da Faculdade, à noite, numa sexta-feira e empós o término das aulas, conduzia seu veículo para Iomerê na companhia de outras quatro pessoas, quando numa curva à direita, pelas condições de tempo e local, não conseguiu controlar o seu veículo e veio a parar na pista contrária de sua mão de direção, colidindo frontalmente

com o automóvel em que a vítima se encontrava.

Nesse contexto, não se pode dizer que o fato era imprevisível ou que a culpa foi exclusiva do outro condutor.

E, sendo previsível, competia à irresignada o cuidado redobrado exigível quando passava pelo local, o que certamente desatendeu, tendo perdido o controle do seu automóvel e se chocado de frente com o Gol, como já se esclareceu.

Assim, as condições em que ocorreu o infortúnio davam ciência inequívoca de que deveria a increpada agir em conformidade com as cautelas necessárias a fim de evitar qualquer acidente, o que indubitavelmente não atendeu, razão pela qual, tendo abalroado um outro automotor na pista contrária de sua mão de direção, deve responder criminalmente pelo seu ato.

A propósito do tema em debate, é importante aditar que não pode o motorista jamais jogar com a sorte, mas sim obrar com previsibilidade objetiva.

Dessa forma, por não ter adotado a apelante as medidas de precaução exigíveis, perdendo o controle do seu veículo e colidindo frontalmente com o veículo no qual estava a ofendida, como demonstrado, obrou com culpa na modalidade de imprudência, sendo essa a causa preponderante da morte da vítima.

Já se decidiu: "Age com imprudência e imperícia o condutor que, sob condições climáticas desfavoráveis, com pista molhada, sem a devida cautela, perde o controle de seu veículo que invade a pista contrária, vindo a provocar acidente de trânsito" (Ap. Crim. n. 2005.013045-6, rel. Des. Amaral e Silva, j. em 26-7-05).

E ainda:

"Homicídio culposo -- Acidente de trânsito -- Colisão decorrente de invasão da contramão de direção dando causa à morte do motorista que trafegava no sentido oposto -- Prova testemunhal e pericial firme e convincente da imprudência do apelante -- Absolvição inviável -- Reconhecimento, porém, do direito ao *sursis* especial, por preenchimento dos requisitos exigidos pelo art. 78, § 2º, do CP -- Recurso parcialmente provido" (Ap. Crim. n. 2002.016021-6, rel. Des. Gaspar Rubik, j. em 29-11-05).

De outro vértice, pleiteia a inconformada, de forma sucessiva, a redução da pena de suspensão da habilitação para dirigir veículo automotor para o mínimo legal.

Razão lhe assiste nesse ponto, e deve tal reprimenda ser reduzida.

Isso porque, guardando-se a devida similitude, deveria o Julgador

ter infligido a pena de suspensão da habilitação para dirigir veículo automotor, em sua primeira etapa, no mínimo legal – 2 (dois) meses – já que assim fora fixado em relação à pena privativa de liberdade.

A jurisprudência não destoa dessa alheta:

"Pena. Suspensão da habilitação para dirigir veículo automotor. Prazo exacerbado. Proporcionalidade com a privativa de liberdade que se impõe. Art. 293, *caput*, da Lei 9.503/97. Adequação.

"*A pena de suspensão da habilitação para dirigir veículo automotor deve observar proporcionalidade com a privativa de liberdade. Quantificada esta no mínimo abstratamente cominado para o delito, aquela, também, deverá ser fixada no menor limite*" (Ap. Crim. n. 2005.003901-3, rel. Des. Sérgio Paladino, j. em 27-9-05 – destacou-se).

Dessa maneira, minora-se a pena-base para 2 (dois) meses, estando ausentes agravantes ou atenuantes bem como causas de aumento e diminuição da pena, motivo pelo qual a reprimenda de suspensão da habilitação para dirigir veículo automotor totaliza 2 (dois) meses.

É o quanto basta.

Decisão

Ante o exposto, por unanimidade, dá-se provimento parcial ao recurso para reduzir a pena de suspensão da habilitação para dirigir veículo automotor para 2 (dois) meses, mantidas as demais cominações da r. sentença.

Participou do julgamento o Exmo. Sr. Des. Souza Varella e lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Anselmo Agostinho da Silva.

Florianópolis, 13 de junho de 2006.

Amaral e Silva,
Presidente, com voto;
Carstens Köhler,
Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 2006.016881-2, DE SÃO JOSÉ

Relator: Des. Subst. Tulio Pinheiro

Apelação criminal – Agente condenado por receptação dolosa de revólver comprovadamente furtado e porte ilegal de arma de fogo – Ausência de conflito aparente de normas – Inaplicabilidade dos princípios da especialidade, da subsidiariedade, da consunção e da alternatividade – Tipos penais que tratam de condutas diversas, em tempo e modo distintos, além de ofender diferentes bens jurídicos, incolumidade pública e inviolabilidade do patrimônio – Crimes autônomos – Concurso material.

Receptação – Materialidade e autoria devidamente configuradas – Porte de arma de fogo proveniente de crime contra o patrimônio – Elementar do tipo previsto no art. 180, caput*, do Código Penal e dolo específico configurados – Conjunto probatório suficiente – Penalização que se impõe.*

Porte de arma de fogo de uso permitido em desacordo com determinação legal ou regulamentar – Pretensa absolvição por insuficiência de provas de que portava a arma – Impossibilidade – Autoria e materialidade devidamente comprovadas – Apreensão do revólver em poder do réu – Depoimentos uníssonos e sem discrepâncias dos milicianos que promoveram a prisão em flagrante – Declarações colhidas sem que houvesse qualquer contradita – Prova válida, máxime porque coerente com os demais elementos constantes dos autos – Condenação mantida.

Arma de fogo desmuniciada – Configuração do tipo penal descrito no art. 10 da Lei n. 10.826/03 – Crime de mera conduta e de perigo abstrato – Desnecessidade de comprovação de potencialidade lesiva.

Pleito de redução da pena, afastando-se o aumento aplicado na segunda fase da dosimetria – Antecedentes

considerados na primeira fase da aplicação da pena e majoração pela reincidência na segunda fase – Ocorrência de bis in idem *– Necessidade de minoração da pena-base.*

Recurso parcialmente provido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 2006.016881-2, da comarca de São José, em que é apelante Márcio de Jesus Matos e apelada a Justiça, por seu Promotor:

ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal, por unanimidade, dar provimento parcial ao apelo, apenas para reduzir em 6 (seis) meses a pena aplicada, totalizando-a em 5 (cinco) anos de reclusão, em regime semi-aberto, e pagamento de 30 (trinta) dias-multa.

Custas na forma da lei.

Relatório

Consta da peça acusatória que em 4-2-2005, por volta das 22h, policiais a serviço da 2ª Cia. do 7º Batalhão da Polícia Militar, em ronda na região do Jardim Zanelatto, surpreenderam o denunciado na Rua Valentim Heriberto Warmeling portando sob suas vestes, em desacordo com determinação legal ou regulamentar, um revólver marca Taurus, calibre .32, de uso permitido, número 335752, com onze cartuchos. Destacou o *Parquet* que o acusado é pessoa perigosa, habituada ao cometimento de crimes dessa natureza, e que é conhecido pelos policiais por assalto a mão armada.

Diante da prática de tal conduta delitiva, Márcio de Jesus Matos foi denunciado como incurso nas sanções do artigo 14, *caput*, da Lei n. 10.826/03.

Às fls. 79 a 81, o Ministério Público ofereceu aditamento à denúncia, requerendo a condenação de Márcio de Jesus Matos como incurso nas sanções do art. 180, *caput*, do Código Penal, em concurso material com o delito narrado na peça inicial (art. 14 da Lei n. 10.826/03), tendo em vista que, ao apurar-se a propriedade da arma de fogo apreendida em poder do denunciado, verificou tratar-se de produto de furto, cuja aquisição foi efetuada de modo doloso.

Apreciando tal pleito (fl. 82), o MM. Juiz recebeu o aditamento e determinou a expedição de novo mandado citatório.

Concluída a instrução criminal, em sede de alegações finais o Ministério Público requereu a procedência

da denúncia, para condenar o réu como incurso nas sanções do art. 14, *caput*, da Lei n. 10.826/03 c/c o art. 180, *caput*, do Código Penal (fls. 163 a 166), enquanto a defesa, sustentando a ausência de provas acerca da autoria do delito pelo acusado e a atipicidade da conduta do porte de arma desmuniciada, pugnou pela absolvição (fls. 175 a 188).

Sentenciando (fls. 198 a 207), o MM. Juiz condenou Márcio de Jesus Matos pela prática da conduta descrita no art. 14 da Lei n. 10.826/03 e no art. 180 do Código Penal, em concurso material, aplicando-lhe a reprimenda de 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão, a ser cumprida em regime semi-aberto, e pagamento de 30 (trinta) dias-multa, cada um no valor de um trigésimo do salário mínimo vigente à época do fato.

Insatisfeito com a prestação jurisdicional, o condenado interpôs recurso de apelação. Em suas razões, acostadas às fls. 224 a 230, sustentou que a sentença não definiu em que momento adquiriu dolosamente a arma, nada se podendo presumir a respeito, de modo que é desarrazoada a condenação pelo delito de receptação dolosa. Ainda, defendeu a impossibilidade do concurso material entre os crimes de porte de arma e de receptação, uma vez que, no seu entender, para que tal fosse configurado, seria necessária a ocorrência de momentos autônomos de execução, quando, na verdade, houve um único ato – suposto transporte irregular de arma de fogo –, encerrando o concurso material aplicado uma dupla penalização, vedada pelo sistema penal brasileiro. Pugnou assim, alternativamente, pelo afastamento da condenação por porte ilegal de arma de fogo. Alegou, outrossim, que o aumento da pena em 9 (nove) meses na segunda fase da dosimetria apresenta-se exacerbado, sobretudo porque a pena-base foi aumentada em 3 (três) meses por conta dos antecedentes. Outra tese levantada pela defesa em sua apelação foi a de que o porte ilegal de arma desmuniciada não encontra correlação com nenhum tipo legal, tendo em vista que ela perde sua capacidade "de fogo". Por fim, requereu a aplicação da pena de um só dos delitos pelo qual o apelante foi condenado ou a descaracterização do delito de porte ilegal de arma desmuniciada.

Contra-arrazoado o recurso (fls. 231 a 234), ascenderam os autos a esta Corte, oportunidade em que a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Exmo. Dr. Raul Schaefer Filho, manifestou-se pela impossibilidade de absolvição do apelante com relação ao delito de porte de arma, dada a exaustiva comprovação da materialidade e da autoria durante a instrução criminal; pela ocorrência do crime de receptação dolosa, principalmente porque o acusado não comprovou a origem

da arma apreendida em seu poder; e pela inaplicabilidade do princípio da consunção, pois se trata de condutas completamente distintas e autônomas, ensejando a dupla condenação, com a incidência da regra do concurso material. Opinou, dessa feita, pelo conhecimento e desprovimento do apelo interposto.

Voto

Busca o apelante sua absolvição e, para tanto, alega a ausência de elementos probatórios suficientes à manutenção do decreto condenatório, sustentando que não há provas nos autos de que efetivamente portava a arma quando foi abordado pelos policiais militares e muito menos de que tenha adquirido o revólver com a ciência de sua origem ilícita. Sustenta, também, que porte de arma desmuniciada não encontra tipificação penal correspondente, não se caracterizando como crime.

Alega, ainda, no caso de ser mantida a condenação, que, tanto pela ausência de definição dos momentos autônomos de execução dos delitos como pelo princípio da consunção, não poderia ter sido condenado em concurso material pelos crimes de receptação e porte ilegal de arma, mas tão-somente pelo delito de receptação, pois apenas "transportava o objeto de origem criminosa", sob pena de incorrer-se em *bis in idem*.

Por se tratar de questão prejudicial às demais insurgências, tal assertiva será analisada em primeiro lugar.

A questão apresentada encontra dissidências tanto na doutrina como na jurisprudência pátrias, podendo ser compilada em duas correntes: uma que defende a absorção da receptação (art. 180 do Código Penal) pelo porte ilegal de arma (art. 14 da Lei n. 10.826/03), e outra que entende que os delitos de receptação e de porte ilegal de arma são crimes autônomos, sendo penalizados em concurso material.

Para a primeira corrente, a receptação dolosa é absorvida pelo crime de porte ilegal de arma, quando denunciados em conjunto. Apresenta como fundamento que os verbos "adquirir, receber, ter em depósito, manter sob guarda, ocultar" fazem parte do art. 14 da Lei n. 10.826/03, que encerra regra especial e mais moderna. Entende que se trata do mesmo fato criminoso, porém mais gravoso, uma vez que o agente pratica as mesmas ações lá descritas, mas em condições mais severas.

Nesse sentido: TJRS 70008033110, rel. Des. Sylvio Baptista Neto, j. em 25-8-2004; TJRS 70007750284, rel. Des. Sylvio Baptista Neto, j. em 30-6-2004; TJRS

70007750284, rela. Desa. Elba Aparecida Nicolli Bastos, j. em 14-7-2004; TJRS 70009659947, rel. Des. Alfredo Foerster, j. em 14-10-2004.

Fernando Capez também é partidário dessa tese. Segundo ele, "Na hipótese em que o agente adquire, recebe, transporta ou oculta arma de fogo (acessório ou munição), de uso permitido, de procedência ilícita, comete o delito mais grave previsto no art. 14 da Lei n. 10.826, de 22 de dezembro de 2003, cuja pena varia de dois a quatro anos de reclusão, sem prejuízo da multa, sendo infração inafiançável. Não incide, nesse caso, a norma do art. 180 do CP, que trata da receptação, tendo em vista a especialidade do tipo penal do art. 14 da Lei, bem como sua maior severidade (sua pena mínima é o dobro da pena da receptação), podendo-se falar também no princípio da subsidiariedade (a norma primária do art. 14 da Lei prevalece sobre a subsidiária do art. 180 do CP)" (*in* Curso de Direito Penal, vol. 2, 5. ed. rev. e atual., São Paulo, Saraiva, 2005, p. 568 e 569).

A segunda corrente, por sua vez, entende ser possível o concurso material entre o crime de receptação e o previsto no art. 14, *caput*, da Lei n. 10.826/03, por se tratar de crimes autônomos, destinados a tutelar bens jurídicos diversos. Enquanto a receptação ofende a inviolabilidade do patrimônio, a proibição do porte de arma protege a incolumidade pública.

Além disso, cada um deles possui dolo específico: a receptação exige um fim especial de agir, que é o intuito de obter vantagem para si ou terceiro, encontrado na expressão "em proveito próprio ou alheio"; o dolo no porte de arma consiste na vontade do agente de ter a arma para si, sob sua disposição.

A título de precedente, citam-se: REsp. n. 716.782/RS, rel. Min. José Arnado da Fonseca, j. em 7-11-2005; RHC n. 14.814, rela. Mina. Laurita Vaz, j. em 4-11-2003.

Quanto à doutrina, Luiz Flávio Gomes e William Terra de Oliveira são enfáticos ao afirmar a possibilidade do concurso material entre a receptação e o porte ilegal de arma. Segundo eles, "importa indagar sobre o dolo de aquisição de algo que seja 'produto de crime'. Caso o agente adquira a arma sabendo ser ela fruto de um delito, estará cometendo um crime contra o patrimônio no momento em que se apoderar da *res*. Se depois mantiver consigo a arma, circulando com a mesma ou mantendo-a guardada, estará cometendo o delito de porte ou posse ilegal (os quais possuem uma objetividade jurídica diversa e momentos consumativos ulteriores)" (*in* Leis das armas de fogo, 2. ed. ver. atual. e ampl., 1999, p. 207). Seguem tecendo importante consideração acerca

do dolo específico: "A modalidade de conduta 'adquirir' descrita no *caput* está reservada aos casos de aquisição de uma arma sem o respectivo registro, porém sem o componente anímico de vantagem patrimonial ilícita" (*ibidem*).

Filio-me à segunda corrente, não vislumbrando nenhum conflito entre as normas, que devem ser aplicadas autonomamente. Afora os fundamentos já enumerados para caracterizá-la (concurso material), não encontro respaldo para a primeira posição nos princípios do sistema penal destinados a resolver um conflito aparente de normas, a saber: a) princípio da especialidade, b) princípio da subsidiariedade, c) princípio da consunção e d) princípio da alternatividade.

Pelo princípio da especialidade, as normas devem ser comparadas abstratamente, sendo que a norma especial possui todos os elementos da geral mais alguns, denominados especializantes, que trazem um *minus* ou um *plus* de severidade. Como exemplo, a doutrina cita os crimes de homicídio e infanticídio. Ambos prevêem a conduta "matar", mas enquanto o primeiro direciona tal conduta a "alguém", o segundo identifica esse "alguém", especificando como "o próprio filho". Independe de a pena do crime especial ser mais branda, o que importa é a especialização da norma.

No caso dos autos, cotejando-se a norma do art. 180 do Código Penal e a do art. 14 da Lei n. 10.826/03, tem-se:

"Art. 180. *Adquirir, receber, transportar*, conduzir ou *ocultar*, em proveito próprio ou alheio, coisa que sabe ser produto de crime, ou influir para que terceiro, de boa-fé, a adquira, receba ou oculte:

"Pena -- reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa."

"Art. 14. Portar, deter, *adquirir*, fornecer, *receber*, ter em depósito, *transportar*, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob guarda ou *ocultar* arma de fogo, acessório ou munição, de uso permitido, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

"Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

"Parágrafo único. O crime previsto neste artigo é inafiançável, salvo quando a arma de fogo estiver registrada em nome do agente" (destacou-se).

Partindo-se do conceito acima discorrido, não há aplicar o princípio da especialidade, pois, se comparados, observa-se que o tipo penal da receptação não tem todos os elementos do tipo do porte ilegal de arma e "mais alguns", na verdade apresenta redação sistematicamente diversa.

Para a aplicação do princípio da subsidiariedade, ao contrário do da especialidade, é necessária a análise do caso concreto. Fernando Capez conceitua norma subsidiária como sendo a "norma que descreve um grau menor de violação de um mesmo bem jurídico, isto é, um fato menos amplo e menos grave, o qual, embora definido como delito autônomo, está também compreendido em outro tipo como fase normal de execução de crime mais grave" (*in* Direito penal: parte geral. 11. ed., São Paulo, Damásio de Jesus, 2004. p. 416). Nesse caso, a norma menos branda absorve a mais branda, aplicando-se a pena do delito mais grave. Como exemplo, o constrangimento ilegal no delito de roubo.

É inviável a utilização de tal princípio para justificar o porte ilegal de arma como norma primária e a receptação como norma subsidiária, principalmente porque a subsidiariedade pressupõe violação a um mesmo bem jurídico e, como visto linhas acima, os crimes em apreço violam bens jurídicos diferentes.

O princípio da consunção é aplicado quando um crime é utilizado como "meio necessário ou fase normal de preparação ou execução de outro crime, bem como quando constitui conduta anterior ou posterior do agente, cometida com a mesma finalidade prática atinente àquele crime" (RT 624/361), hipótese em que será aplicada a pena mais grave.

Ou seja, para que um crime absorva o outro é imprescindível que as duas figuras delituosas guardem entre si uma relação de meio e fim estreitamente vinculada, estabelecendo uma seqüência de atos, com a absorção do crime fim pelos crimes meios. Verifica-se a consunção nas hipóteses de crime progressivo (há uma só conduta e uma só vontade, mas compreendida por diversos atos – crime plurissubsistente), crime complexo (resulta da fusão de dois ou mais delitos autônomos – Ex. latrocínio) e progressão criminosa, a qual compreende três subespécies: a) progressão criminosa em sentido estrito (agente deseja inicialmente produzir um resultado e, após atingi-lo, decide prosseguir na ação criminosa, produzindo fato mais grave); b) fato anterior não punível (fato anterior praticado como meio necessário para a realização de outro mais grave); e c) fato posterior não punível (após realizada a conduta, o agente pratica ataque contra o mesmo bem jurídico).

Ora, para portar um revólver em desacordo com determinação legal ou regulamentar, não é necessário o cometimento de um crime de receptação de uma arma que seja produto de crime, porque pode existir porte ilegal de uma arma que não

seja produto de crime. Logo, este não encerra delito meio para a prática daquele, não se podendo utilizar o princípio da consunção.

Por fim, no que concerne ao princípio da alternatividade, este ocorre quando a norma descreve várias formas de realização da figura típica, em que a realização de uma ou de todas configura um único crime. Tal diretriz trata de um mesmo tipo penal que prevê várias condutas, configurando um crime de ação múltipla, de modo que, por obviedade, não se aplica ao caso em apreço.

Destarte, a partir das ponderações até aqui expostas, não identifico nenhuma mácula na sentença atacada que condenou o apelante pelo delito de receptação dolosa em concurso material com o porte ilegal de arma de fogo, de modo que a materialidade e a autoria de cada um dos delitos deve ser apreciada separadamente, tal como fez o Juízo sentenciante, ato este que será a partir de agora reexaminado.

Da receptação dolosa

O delito de receptação, tal como tipificado no Código Penal, consiste em "adquirir, receber, transportar, conduzir ou ocultar, em proveito próprio ou alheio, coisa que sabe ser produto de crime, ou influir para que terceiro, de boa-fé, a adquira, receba ou oculte".

Pressupõe a existência de crime anterior, do qual provém o objeto material, conforme leciona Damásio de Jesus:

"Para a existência da receptação não é necessária sentença quanto ao delito anterior. É suficiente que haja prova de que o objeto material é produto de crime. Assim, havendo essa prova, é irrelevante que o sujeito tenha sido absolvido por insuficiência probatória quanto à autoria" (Direito Penal – Parte Especial: dos crimes contra a pessoa e dos crimes contra o patrimônio. 27. ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2005. p. 509).

Ainda, é válido destacar a dicção do § 4º do art. 180, segundo o qual a receptação é punível, ainda que desconhecido o autor do crime de que proveio a coisa. Ou seja, há crime mesmo quando se adquire coisa que foi subtraída por pessoa desconhecida, bastando a prova de que houve crime antecedente e de que o receptador tinha conhecimento do fato.

A consumação, por sua vez, ocorre quando o agente realiza uma ou mais condutas típicas.

No caso, a materialidade do delito está devidamente comprovada: a) há um crime precedente, delito contra o patrimônio, consistente no furto de um revólver marca Taurus, calibre .32, número 335752, cuja ocorrência está comprovada às fls.

64 e 65, por meio do termo de declaração da vítima do furto da arma de fogo apreendida e do Boletim de Ocorrência n. 54/201; b) a referida arma foi apreendida em poder do acusado ao ser ele abordado por policiais militares que faziam buscas de rotina, conforme termo de apreensão de fl. 22.

Quanto à autoria, infere-se dos autos que o acusado foi interceptado pela polícia em 4-2-2005, na cidade de São José, quando transportava a referida arma, comprovadamente subtraída, ocultando-a sob a camisa, sem oferecer nenhuma justificativa hábil para demonstrar seu desconhecimento da origem ilícita de tal objeto, tendo sido, por essa razão, preso em flagrante delito (auto de prisão em flagrante de fls. 17 a 20).

O réu apresentou versões conflitantes para os fatos.

Na delegacia afirmou que a arma não era sua e que "foi achada no mato"(fl. 18).

Ao ser inquirido em Juízo, descreveu uma série de fatos, narrando uma longa história. Disse que na noite em que foi detido estava caminhando sozinho em direção à casa de sua namorada quando foi abordado por policiais militares que nada encontraram em seu poder, sendo liberado em seguida. Seguiu falando que, como não estava portando nenhum documento, resolveu voltar para sua residência para buscá-los e que a uma quadra de casa foi abordado novamente pelos mesmos milicianos, os quais o colocaram na viatura e o levaram até um carro que estava "aberto". Foram até lá, mas o proprietário do veículo disse que o acusado não tinha envolvimento com o arrombamento do automóvel, instante em que mais uma viatura estacionou e outros policiais chegaram trazendo uma arma de fogo que, segundo eles, teria sido dispensada pelo réu anteriormente. Afirmou perante a autoridade judicial, contrariando seu depoimento na delegacia, que não sabia onde foi encontrado o referido revólver (fl. 125).

Os depoimentos dos policiais que atuaram na abordagem do réu, por sua vez, foram uníssonos e apresentam a mesma versão dos fatos tanto na fase policial quanto na judicial.

Contou o policial militar André Luiz Veríssimo que fazia ronda na madrugada do dia 4-2-2005 na Rua Valentim Heriberto Warmeling quando abordaram o acusado "Marcinho", conhecido no meio policial por cometer assaltos a mão armada, portando um revólver calibre .32, marca Taurus, n. 335752, sem munição. Relatou que nas proximidades encontraram uma vítima de furto em veículo, a qual não reconheceu o apelante como seu algoz (fls. 17 e 149).

Paulo Marcelo Rampa, policial militar que acompanhava André Luiz

Veríssimo na ronda, na região do Jardim Zanelatto, relatou que avistaram o acusado na rua sozinho e, como já haviam recebido denúncias de que ele estaria armado, abordaram-no, encontrando com ele um revólver marca Taurus, sem munição. Disse ainda que a arma estava escondida por dentro da bermuda, na altura da cintura, e que foi preso e encaminhado à delegacia. Questionado pelo advogado de defesa, confirmou que o réu foi apresentado a uma vítima de furto em veículo, a qual não o reconheceu, respondendo categoricamente que, quando aquela foi contatada, "Marcinho" já havia sido preso pelo porte de arma (fls. 17,18 e 147).

Quanto à ciência da origem ilícita da arma que portava, o simples fato de o acusado não possuir consigo o competente registro já indica que sabia da procedência espúria do objeto.

Salienta-se, por oportuno, que, em se tratando de delito de "receptação", cabe ao acusado o ônus de comprovar que não tinha conhecimento da procedência ilícita do objeto, devendo apresentar justificativa razoável para tal situação, o que não foi efetuado na hipótese em apreço.

Nesse sentido, é da jurisprudência:

"Em tema de receptação, a só posse injustificada da *res* faria – como no furto – por presumir a autoria. Ao possuidor, tal sucedendo, é que competiria demonstrar havê-la recebido por modo lícito. A apreensão da *res furtiva* em poder do acusado enseja, induvidosamente, inversão do ônus da prova" (RT 728/543).

Em caso análogo, decidiu este egrégio Tribunal de Justiça:

"Receptação qualificada (art. 180, §§ 1º e 2º, CP). Autoria e materialidade comprovadas. Apreensão de automóvel furtado, adquirido pelo acusado que, ante as circunstâncias, deveria saber ser de origem ilícita. Inversão do ônus da prova. Versão apresentada pelo réu totalmente divorciada do conjunto probatório. Dolo demonstrado pela prova dos autos, bem como pela conduta do réu, comerciante do ramo, que compra veículo bastante danificado, sem exigir a entrega dos respectivos documentos. Condenação mantida" (Ap. Crim. n. 2005.017175-1, rel. Des. Maurílio Moreira Leite, j. em 12-7-2005).

E mais:

"No crime de receptação dolosa, ao acusado incumbe demonstrar que adquiriu legitimamente o bem encontrado em seu poder, pois a hipótese é de inversão do ônus da prova" (Ap. Crim. n. 2000.003575-0, rel. Des. Álvaro Wandelli, j. em 13-6-2000).

Em se tratando da alegação de que a sentença não definiu o momen-

to da aquisição da arma pelo acusado, tal apontamento seria necessário apenas para fins de averiguar eventual prescrição. Isso porque a aquisição em si é indiscutível, uma vez que a arma foi encontrada na posse do acusado.

Assim, quanto à prescrição, ainda que o revólver tivesse sido adquirido no mesmo dia em que foi furtado, 14-1-2001 (fl. 65), não se poderia falar em exaurimento do prazo para o Estado exercer a pretensão punitiva. Prevendo o crime de receptação uma pena em abstrato de 1 (um) a 4 (quatro) anos, a prescrição ocorreria em 8 (oito) anos, de acordo com o art. 109, inciso IV, do Código Penal, ou seja, somente em 2008.

Portanto, a par do arrazoado *supra*, os elementos presentes nos autos são suficientes para autorizar a condenação do recorrente.

Por conseguinte, tendo em vista as considerações acima apresentadas, a pretensão recursal de absolvição do acusado não merece prosperar.

Do porte de arma de fogo

Primeiramente, deve-se frisar que a materialidade foi robustamente comprovada por meio do auto de prisão em flagrante (fls. 17 a 20), pelo termo de apreensão da arma de fogo (fl. 22) e pelo laudo pericial de exame em arma (fls. 152 e 153).

A autoria do delito, embora negada pelo acusado, restou estreme de dúvidas, uma vez que os depoimentos testemunhais, especificados acima, são uníssonos em apontá-lo como autor do ilícito em epígrafe, conforme se extrai dos depoimentos de fls. 17 e 18, 147 e 149.

As declarações dos policiais que abordaram o réu, tanto na fase policial como em juízo, encontram-se em perfeita harmonia e demonstram claramente a prática, pelo acusado, do ato delitivo pelo qual foi condenado na sentença.

Ademais, os depoimentos dos milicianos, os quais pretende o apelante ver derrubados, são incontroversos e apresentam um relato pormenorizado da ocorrência que baseou a denúncia.

Cabe lembrar que, se pretendia a douta defesa ver desclassificados os depoimentos dos policiais, argüindo que não poderiam servir como testemunhas, por qualquer motivo, deveria, em momento oportuno, ter usado da faculdade que lhe outorga o art. 214 do CPP, contraditando os testigos, o que não foi efetuado, de modo que não merece lograr êxito a tentativa de descrédito dos depoimentos referidos.

Relendo os termos de declarações, constata-se que os depoimentos dos policiais são lúcidos, explicativos, suficientemente esclarecedores e aptos a sustentar uma decisão.

A respeito do tema, esta Câmara já decidiu em acórdão da lavra

do Exmo. Sr. Des. Sérgio Paladino, nos autos da Apelação Criminal n. 2005.037936-4, de Criciúma:

"Depoimentos de policiais coerentes e harmônicos com os demais elementos de convicção que formam o caderno processual. Valor probatório inequívoco. Alicerce suficiente para a condenação. Recurso desprovido. O status funcional da testemunha por si só não suprime o valor probatório de seu depoimento, que goza de presunção *juris tantum* de veracidade, especialmente quando prestado em juízo, ao abrigo da garantia do contraditório. Por isso, as declarações de policial só não terão valor se não encontrarem suporte nos demais elementos de convicção constantes dos autos, nem com eles se harmonizarem".

É válido, igualmente, colacionar a decisão do Exmo. Sr. Ministro do STF Celso de Mello a respeito do valor e da idoneidade que se deve dar às palavras do agente policial:

"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-la pelo só fato de emanar de agentes estatais incumbidos, por dever de ofício, da repressão penal.

"O depoimento testemunhal do agente policial somente não terá valor, quando se evidenciar que esse servidor do Estado, por revelar interesse particular na investigação penal, age facciosamente ou quando se demonstrar -- tal como ocorre com as demais testemunhas -- que as suas declarações não encontram suporte nem se harmonizam com outros elementos probatórios idôneos" (Habeas Corpus n. 73.518, DJU de 18-10-96, p. 39.846).

Salienta o eminente Ministro que o depoimento de agente policial só não terá valor quando ficar comprovado que este tem interesse na investigação penal ou quando não estiver em consonância com as provas colhidas nos autos, o que, como asseverado, não configura a hipótese presente.

Dessa forma, não há falar em insuficiência de provas quanto à autoria e materialidade delitivas, motivo pelo qual a manutenção da condenação do apelante é medida que se impõe.

Do porte ilegal de arma de fogo desmuniciada

O delito em questão é de perigo abstrato, assim considerados os "casos em que na lei se presume ser o fato perigoso, independentemente da comprovação do risco no caso concreto, tendo em vista que a experiência demonstrou ser ele um fator de criação de probabilidade de lesão ao bem jurídico" (*in* Julio Fabbrini

Mirabete, Manual de Direito Penal, vol. II, Atlas, p.121).

Houve por bem o legislador, na Lei n. 10.826/03, coibir a posse e o porte de arma de fogo em desacordo com a regulamentação legal, ainda que ela não possua potencialidade ofensiva, tendo em vista que, na categoria dos crimes de perigo, a valoração desse elemento é presumida, mesmo que na realidade não ocorra a situação de perigo, pois a simples possibilidade de vir a atingir um bem jurídico tutelado já basta para a caracterização do injusto penal.

Não é outro o entendimento majoritário deste egrégio Tribunal de Justiça, que vem decidindo no sentido de que o crime em tela é de mera conduta, ou seja, a sua consumação opera-se independentemente da existência de qualquer resultado. Uma vez verificada a situação de posse ou de porte irregular da arma de fogo, é desnecessário tergiversar a respeito do resultado de tal conduta, já que de plano as figuras típicas do Estatuto do Desarmamento estarão configuradas.

Assim, para a caracterização do delito tipificado no art. 14 da Lei n. 10.826/03, pouco importa estar a arma, no momento da apreensão, desprovida de munição no cilindro, porquanto se cuida de crime de mera conduta, evidenciando a potencialidade danosa (perigo abstrato) o simples ato de portar o instrumento lesivo.

Nesse sentido, vaza a jurisprudência desta Corte:

"Penal e processual – Porte ilegal de arma – Confissão – Não incidência dos artigos 30 e 32 da Lei n. 10.826/2003 – Perícia atestando a potencialidade da arma – *Espingarda desmuniciada – Irrelevância* – Arma registrada porém sem autorização para porte – Crime de mera conduta – Condenação mantida – Recurso desprovido.

[...]

"*O porte ilegal de arma é crime de mera conduta pouco importando estar, ou não, a arma desmuniciada ou registrada*" (Apelação Criminal n. 2005.026551-5, de Lages, rel. Des. Amaral e Silva -- sem grifo no original).

E ainda:

"Porte ilegal de arma de fogo (art. 10, *caput*, da Lei n. 9.437/97) -- Agente flagrado com armas de fogo sem os necessários registro e porte -- Recurso aduzindo que as armas estavam desmontadas e desmuniciadas -- Irrelevância -- Crime de mera conduta -- Resultado jurídico configurado -- Condenação mantida -- Recurso não provido.

"*O crime de porte de arma de fogo*, previsto no art. 10, da Lei n. 9.437/97, é de *mera conduta e de*

perigo abstrato. Por isso, para sua configuração, é irrelevante que esteja a arma desmontada ou desmuniciada. Hipótese em que o exame pericial constatou a eficiência do mecanismo de disparo, substrato de lesividade potencial" (sem grifo no original) (Ap. Crim. n. 2001.010137-8, de Abelardo Luz, rel. Des. Irineu João da Silva).

Dessa feita, mantém-se a condenação pelo delito de porte ilegal de arma de fogo, sendo irrelevante que estivesse desmuniciada.

Do aumento da pena na segunda fase da dosimetria

Verificou-se a ocorrência de *bis in idem* na dosimetria da pena, uma vez que o Magistrado aumentou a pena-base, para cada delito, em 3 (três) meses em razão dos antecedentes, anotando que o réu é "multi-reincidente", e majorou a pena em 9 (nove) meses na segunda fase da dosimetria, em face da reincidência ("diversas condenações pretéritas").

Nesse caso, é possível a redução da pena-base, tendo em vista que desobedecido o disposto no art. 68 do Código Penal, englobando circunstância judicial de maus antecedentes, especificados como "multi-reincidência", além de a pena ter sido majorada por esta última, na segunda fase da dosimetria, sendo flagrante o *bis in idem*.

A propósito, colhe-se da jurisprudência do egrégio STJ:

"A dupla consideração da reincidência na dosimetria da pena, vale dizer, como circunstância judicial desfavorável e como agravante genérica, importa em violação ao princípio *non bis in idem*" (REsp. n. 315.897/ MG, rel. Ministro Fernando Gonçalves).

Ainda:

"[...] 3 Não deve a reincidência figurar, simultaneamente, como majorante da pena-base e agravante genérica, por infringir o sistema trifásico de aplicação da pena e o princípio do *non bis in idem*.

"4 Ordem concedida" (RSTJ 163/545).

Diante disso, em se tratando do pedido de adequação do *quantum* da reprimenda imposta, efetivamente assiste razão ao apelante, motivo pelo qual a pena-base de cada um dos delitos deve ser diminuída em 3 (três) meses, totalizando a reprimenda aplicada 5 (cinco) anos de reclusão, em regime semi-aberto, e pagamento de 30 (trinta) dias-multa.

Vale registrar, por oportuno, que a majoração da pena-base em 3 (três) meses por força da conduta social e da personalidade do apelante não se reveste de nenhuma mácula. Tais critérios, bem assim as razões que motivaram o aumento da pena, foram devidamente especificados na sentença combatida, donde se infere que a extensa ficha de processos

criminais depõe contra a conduta social do réu, além de indicar que sua personalidade é típica de indivíduos voltados para a prática de delitos.

Decisão

Pelo exposto, dá-se parcial provimento ao apelo para reduzir em 6 (seis) meses a pena aplicada, totalizando-a em 5 (cinco) anos de reclusão, em regime semi-aberto, e pagamento de 30 (trinta) dias-multa.

Participou do julgamento o Exmo. Sr. Des. Gaspar Rubik e lavrou parecer, pela Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Raul Schaefer Filho.

Florianópolis, 15 de agosto de 2006.

Amaral e Silva,
Presidente, com voto;
Tulio Pinheiro,
Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 2006.034510-8, DE CHAPECÓ

Relator: Des. Subst. Tulio Pinheiro

Crime contra a saúde pública – Narcotraficância – Art. 12, caput*, c/c o art. 18, inciso III, ambos da Lei n. 6.368/76 – Agente que, momentos após vender maconha a adolescente, é flagrado na posse de substâncias entorpecentes destinadas à mercancia, tendo-as em depósito na geladeira de sua residência – Autoria e materialidade comprovadas – Crime caracterizado – Depoimentos dos policiais coerentes e uníssonos para formar um juízo de convicção – Alegações defensivas isoladas – Operação deflagrada, ademais, após informações do menor usuário dando conta de que o acusado lhe forneceu drogas – Circunstâncias que, enredadas, evidenciam o tráfico de estupefacientes – Absolvição, trancamento da ação penal, desclassificação do art. 12 para o art. 16 da*

Lei n. 6.368/76 ou aplicação do princípio da insignificância em razão da pequena quantidade de droga apreendida inviáveis – Condenação mantida.

Recognição do perdão judicial – Inadmissibilidade ante a ausência de expressa previsão legal nos delitos de tráfico.

Pleito de minoração da reprimenda imposta – Impossibilidade – Aumento da pena-base necessário em face da má conduta social do acusado – Incidência da causa especial de aumento (visar a menor de 21 anos) mantida, inclusive no tocante à fração de 1/3, pois, malgrado o advento do novo estatuto antitóxicos (Lei n. 11.343/06) tenha, em seu art. 40, inciso VI, diminuído o incremento da aludida majorante para 1/6, tal somente se aplica aos casos ocorridos na vigência da nova norma, seja em face da vedada combinação de leis pelo Poder Judiciário, órgão sem atribuição legislativa, seja em virtude da interpretação teleológica da norma ulterior, que, por ser mais severa no trato com a mercancia de entorpecentes, não pode ter seus dispositivos aplicados isoladamente, sem atenção aos seus novos regramentos, muito mais rigorosos – Dosimetria irretocável.

Não é possível a combinação de lei anterior e posterior no intuito de extrair de cada uma delas as partes mais benignas ao agente, porque, nesse caso, o juiz estaria legislando.

Norteando-se por uma interpretação teleológica, ou seja, pautada na finalidade da norma, depreende-se que a aplicação isolada de alguns dispositivos da lei nova, sem atenção aos novos regramentos, sabidamente mais duros, representaria um bônus para o traficante, em especial aquele que praticou o crime ainda na vigência da lei anterior, situação que, todavia, tendo em vista o caráter mais rigoroso imposto no estatuto antitóxicos, não pode prevalecer.

*Pretensa concessão da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ou da suspensão condicional da pena – Inviabilidade – Não preenchimento do requisito objetivo (*quantum *da pena) previsto nos arts. 44 e 77 do Código Penal.*

Apelo desprovido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 2006.034510-8, da comarca de Chapecó (1ª Vara Criminal), em que é apelante Jorge Luiz Ramos e apelada a Justiça, por seu Promotor:

ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal, por votação unânime, negar provimento ao apelo.

Custas na forma da lei.

Relatório

No Juízo da 1ª Vara Criminal da comarca de Chapecó, Jorge Luiz Ramos foi denunciado como incurso nas sanções do art. 12, *caput*, c/c o art. 18, inciso III (visar a menores de 21 anos), ambos da Lei n. 6.368/76, consoante se depreende da exordial acusatória:

"No dia 16 de junho de 2006, período vespertino, o denunciado Jorge Luiz Ramos, em pleno exercício da ilícita atividade de venda de substâncias tóxicas a consumo alheio, e se utilizando da residência de sua mãe como ponto à criminosa transação, situada em uma servidão, n. 19, Bairro Pinheirinho, nesta Cidade e Comarca, efetivamente vendeu, a consumo do menor T. M. R., nascido em 21 de janeiro de 1989 (cópia certidão de nascimento de fl. 27), a porção total de 1,8g (uma grama e oito decigramas) da substância tóxica entorpecente denominada *Cannabis Sativa Linneu*, conhecida vulgarmente como 'maconha' (termo de apreensão de fl. 21; laudo pericial de constatação de substância de fl. 24), recebendo em pagamento pela droga, das mãos do menor, a importância de R$ 5,00 (cinco reais) em espécie.

"Ato contínuo, e quando o menor usuário, já em via pública, se afastava do local da transação, logicamente, sob a posse do material entorpecente mencionado, foi abordado pela atuante força Policial Militar, oportunidade em que confessou os fatos acima narrados, bem indicando,

ainda, o exato local da compra do material entorpecente.

"Assim orientados, os Policiais Militares imediatamente dirigiram-se até a residência inicialmente especificada e, já no local, efetuaram, com o livre consentimento do denunciado Jorge Luiz Ramos, buscas no interior da residência, bem como a revista pessoal respectiva. Das providências, foram os agentes públicos eficientes em encontrar, guardadas no interior da geladeira da morada, e envoltas em um plástico de cor branca, mais de 10,7g (dez gramas e sete decigramas) da substância tóxica entorpecente denominada *Cannabis Sativa Linneu*, conhecida vulgarmente como 'maconha' (termo de apreensão de fl. 20; laudo pericial de constatação de substância de fl. 22), e, ainda, R$ 88,00 (oitenta e oito reais), guardados no bolso da calça vestida por Jorge Luiz Ramos, isto, dividido entre cédulas de R$ 20,00, R$ 10,00, R$ 5,00, R$ 2,00 e R$ 1,00, conforme descrição exata do termo de apreensão de fl. 20.

"Evidente, pois, do contexto, que o denunciado guardava, expunha à venda, vendia, como de fato, vendeu, a consumo alheio, substância entorpecente capaz de causar dependência física e/ou psíquica em seus usuários – 'Maconha', tudo, em desacordo com determinação legal e regulamentar" (fls. 2 e 3 – *sic*).

Processado o feito e finda a instrução criminal, a denúncia foi julgada procedente para condenar o réu à reprimenda de 4 (quatro) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime inicialmente fechado, e ao pagamento de 73 (setenta e três) dias-multa, cada qual fixado no valor unitário previsto no art. 38 e parágrafos da Lei n. 6.368/76, por incurso nas sanções do art. 12, *caput*, c/c o art. 18, inciso III (visar a menor de 21 anos), ambos do mesmo diploma antitóxico. Por fim, ao condenado foram negadas a substituição da pena, a concessão do *sursis* e o direito de recorrer em liberdade, porque incabíveis na espécie.

Inconformado com a prestação jurisdicional (fl. 202), o sentenciado apelou, postulando a reforma da sentença para que seja absolvido das imputações, por não haver nos autos provas suficientes para sustentar o decreto condenatório. Alternativamente, requereu a desclassificação para o delito previsto no art. 16 da Lei de Tóxicos, o trancamento da ação penal e a aplicação do princípio da insignificância, em razão da pequena quantidade de estupefacientes apreendida. Pediu, ainda, a suspensão ou substituição da pena, nos termos dos arts. 44 e 77, ambos do Código Penal. Por fim, pleiteou a aplicação do perdão judicial ou a diminuição da pena.

Com as contra-razões, ascenderam os autos a este egrégio Tribunal e a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Humberto Francisco Scharf Vieira, opinou pelo conhecimento e não provimento do apelo.

Voto

Trata-se de recurso de apelação interposto pelo sentenciado Jorge Luiz Ramos, condenado pela prática do delito de tráfico ilícito de entorpecentes (art. 12, *caput*, da Lei n. 6.368/76), que visou a menor de 21 anos (art. 18, inciso III, da Lei n. 6.368/76).

Em síntese, pugnou pela reforma da sentença para ser absolvido das imputações, por não haver nos autos prova suficiente para sustentar o decreto condenatório. Alternativamente, requereu a desclassificação para o delito previsto no art. 16 da Lei de Tóxicos, o trancamento da ação penal e a aplicação do princípio da insignificância, em razão da pequena quantidade de estupefacientes apreendida. Postulou, ainda, a suspensão ou substituição da pena, nos termos dos arts. 44 e 77, ambos do Código Penal. Por fim, pleiteou a aplicação do perdão judicial ou a diminuição da pena.

De início, compulsando os autos, depreende-se que o pleito absolutório não merece ser provido.

A materialidade do delito de tráfico encontra-se estampada no auto de prisão em flagrante (fl. 7), no boletim de ocorrência policial (fls. 21 a 24), nos autos de exibição e apreensão (fls. 25 e 26), nos laudos preliminares de constatação (fls. 27 a 30) e no Laudo Pericial Definitivo n. 4861/06, do Instituto de Análises Laboratoriais, que confirmam a presença da erva *Cannabis Cativa Linneu*, conhecida vulgarmente como maconha, de uso proibido em todo o território nacional, conforme Portaria n. 344, de 12-5-98, da Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde, atualizada pela RDC n. 26, de 15-2-05 (fls. 116 a 119).

A autoria, embora negada pelo acusado em ambas as fases, inquisitorial e judicial, deflui incontestável dos depoimentos testemunhais acostados aos autos, em especial os prestados pelos milicianos que atuaram na prisão em flagrante e na conseqüente apreensão das substâncias entorpecentes.

Em síntese, a narrativa do caderno processual indica que no dia 16-6-2006, no período vespertino, ao perfazerem ronda pelas ruas do bairro Pinheiro, na cidade de Chapecó/SC, os policiais oitivados na fase instrutória avistaram, abordaram e revistaram os suspeitos ocupantes de uma motocicleta, ocasião em que encontraram na posse do adolescente T. M. R. uma pequena quantidade de

substância semelhante a maconha. Indagado sobre a origem do material, o menor relatou que era para seu próprio consumo, dizendo ter comprado a droga por R$ 5,00 (cinco reais) de um terceiro, cuja residência indicou. Chegando lá, com auxílio de outras viaturas, encontraram o acusado, o qual "franqueou" a entrada dos milicianos na casa e permitiu que ela fosse vistoriada, quando então foram encontrados aproximadamente 12 gramas de maconha no interior do congelador de uma geladeira. Ainda, em revista pessoal no réu, foram apreendidos R$ 88,00 (oitenta e oito) reais em espécie.

O policial militar Gelson Schneider, em Juízo, relembrando os fatos, relatou:

"[...] que confirma os fatos narrados na denúncia; que reconheceu o réu presente na sala de audiência; que estavam em rondas no bairro Pinheirinho e avistaram uma moto com 2 ocupantes em atitude suspeita; que abordaram os motoqueiros, quando um deles se desfez ou deixou cair porção de maconha; que indagado ao motoqueiro a respeito da droga, este revelou que havia comprado maconha de um rapaz e, para tanto, indicou a casa onde o rapaz que lhe vendeu a droga estava; que então a polícia foi até a casa ocupada pelo réu; que a polícia só chegou ao réu em razão da revelação feita pelo motoqueiro; que fez outras abordagens do réu, mas nada de irregular tinha sido encontrado; que entraram na casa do réu e encontraram diversas notas de dinheiro nas vestes do acusado (dinheiro 'picado') e também encontraram droga dentro da geladeira; que o réu disse que a droga era para seu consumo; que o motoqueiro disse que o vendedor tinha entrado na casa e retornado até a porta para buscar a droga; que o motoqueiro passou as características do vendedor; que as características repassadas fechavam com o réu; que o motoqueiro reconheceu a casa onde havia comprado droga [...]" (fl. 132 – *sic*).

O outro policial que atuou na prisão em flagrante, Atair dos Santos, confirmou a versão acima descrita:

"[…] que confirma os fatos narrados na denúncia; que reconheceu o réu na sala de audiência; que chegaram até o réu após abordarem uma moto com 2 rapazes, sendo que com um deles foi encontrada pequena quantidade de maconha; que tal menor de idade disse onde havia adquirido a droga e apontou a casa do réu; que o menor reconheceu Jorge como o vendedor da droga; que entraram na casa e um dos policiais encontrou mais droga no congelador da geladeira [...]" (fl. 133 – *sic*).

Nesse ínterim, vale ressaltar que não se vislumbraram em nenhum momento do processado fatos no sentido de colocar em dúvida a ação

policial nem mesmo desabonar os depoimentos prestados pelos milicianos.

Aliás, sobre a validade das provas testemunhais produzidas pelos depoimentos de policiais no ato da prisão em flagrante, posiciona-se a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

"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" (HC n. 73.518 -- rel. Min. Celso de Mello -- j. 26-3-96 -- DJU 18-10-96).

Ainda, da nossa jurisprudência, coleta-se:

"Nos crimes de narcotraficância, o depoimento de policiais, quando uníssonos e coerentes com o restante da prova coligida, são suficientes para embasar um decreto condenatório, mesmo que não coincidentes com alguns detalhes de somenos importância do ato da prisão. Por isso, não se há de falar em dúvida ou insuficiência probatória, a justificar a absolvição, quando os elementos contidos nos autos (materialidade inequívoca e depoimentos colhidos) permitem a formação de convicção para um juízo seguro da autoria" (Ap. Crim. n. 2003.000189-1, rel. Des. Solon d'Eça Neves, j. 1º-4-2003).

Em reforço, Julio Fabbrini Mirabete, acerca do tema, leciona que:

"[...] 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. Realmente, o depoimento de policial só não tem valor quando se demonstra ter interesse na investigação e não encontra sustentação alguma em outros elementos probatórios" (*in* Processo Penal, 11. ed., São Paulo: Atlas, p. 306).

Corroborando os relatos dos diligentes policiais, há a narrativa do adolescente T. M. R., que, embora em Juízo tenha alterado sua versão, ratificando a aquisição do tóxico apreendido consigo na localidade por ele informada, mas atribuindo outra descrição física à pessoa que lhe teria fornecido o tóxico (provavelmente, como bem anotou o Togado, fl. 188, por temer represálias dos traficantes), ainda na fase indiciária confirmou que tinha a posse de certa quantidade de maconha ao ser abordado pela polícia, quando então indicou a casa onde conseguira comprá-la e reconheceu o réu como a pessoa que a vendeu:

"[...] Que, o informante indicou a localização da casa da pessoa que lhe vendeu a droga, no Bairro Pinheirinho, inclusive o informante acompanhou os policiais até a casa, onde lá, os policiais militares efetuaram buscas no interior da casa e que foi encontrado uma certa quantidade de maconha, porém, não sabe informar a quantia e nem tampouco o local onde a mesma estava escondida, já que não acompanhou as buscas, ficando dentro na viatura, enquanto os policiais militares realizaram as buscas; que, no local, a pessoa que lhe havia vendido a maconha momentos antes acabou sendo presa e conduzida a esta Central de Polícia; que afirma que não sabia o nome e nem tampouco o apelido do ora conduzido, mas confirma que a pessoa do conduzido aquela que lhe vendeu a maconha, inclusive foi ele quem recebeu o dinheiro que pagou pela droga, cinco reais, conforme disse antes [...]" (fl. 13 – fase policial).

"[...] quando chegou para comprar a droga havia outros rapazes do lado de fora da casa; que parou a moto pois viu uns rapazes fumando; que foi pedir droga aos rapazes, momento em que deu R$ 5,00 a um deles que entrou na casa e retornou com a droga [...]" (fl. 135 – fase judicial).

De outra banda, impõe-se destacar que, *in casu*, não houve por parte da defesa do apelante nenhum início de prova que contrapusesse os fatos contidos na proemial acusatória ou mesmo a sustentar o trancamento da ação penal ou ainda uma desclassificação para o art. 16 da Lei n. 6.368/76, pois, como criteriosamente inferiu o Magistrado (fl. 188), o próprio menor usuário "[...] confirmou em Juízo que o rapaz que lhe vendeu a droga entrou na casa, pegou a maconha e retornou para entregar-lhe. E o próprio réu afirmou em seu interrogatório de fl. 70, que '[...] sua mãe não mora com mais ninguém, além do acusado que estava por ali passando alguns dias' [...]".

Em arremate, concluiu o MM. Juiz:

"Ou seja, como uma pessoa diversa do réu, entraria na casa de uma senhora estranha para pegar droga e vender a terceiro? É claro que foi o próprio réu Jorge quem entrou na casa de sua mãe e vendeu a droga para [T. M. R.].

"Detalhe: foi [T. M. R.] quem revelou a residência de onde tinha adquirido entorpecente. E se nessa residência o único homem que ali morava era o acusado (como ele mesmo disse), por óbvio foi o réu o autor dos fatos" (fls. 188 e 189).

Por outro lado, a posse da quantia de R$ 88,00 (oitenta e oito reais) carece de justificativa plausível, não sendo crível que tal verba fosse originária do aluguel recebido

de sua mulher, como aduzido em seu interrogatório (fl. 70), seja porque a defesa não requereu a oitiva desta última, seja em face da forma como o dinheiro foi encontrado com o increpado – diversas notas de pequeno valor –, característica típica de quem mercancia estupefacientes em pequena quantidade.

Em suma, o material apreendido, ainda que em quantidade diminuta – 10,7 gramas de maconha – e a ausência de flagrante da negociação ilegal de estupefacientes não têm o condão de descaracterizar a conduta descrita no art. 12 da Lei n. 6.368/76, mormente quando o apelante é reconhecido como o fornecedor da substância entorpecente, inferindo-se que os valores em pecúnia encontrados com ele eram fruto da referida atividade proscrita e não do aluguel recebido por sua esposa – circunstância, aliás, não comprovada.

A propósito:

"[...] Para a caracterização do crime de tráfico de entorpecentes não é necessário que o agente seja surpreendido no exato momento em que esteja fornecendo materialmente a droga a terceira pessoa, bastando a evidência que para fins de mercancia se destina o tóxico encontrado [...]" (RT 727/478).

"Para a existência do crime de tráfico (artigo 12 da Lei n. 6.368/76) não é imprescindível que o agente seja flagrado no momento da comercialização da droga; a existência de indícios e circunstâncias no sentido do tráfico de entorpecentes é o bastante para a configuração daquele tipo delituoso" (Ap. Crim. n. 2001.002629-0, de Videira, rel. Des. Solon d'Eça Neves, j. em 24-4-01).

E mais:

"Não descaracteriza o delito de tráfico de substância entorpecente o fato de a Polícia haver apreendido pequena quantidade do tóxico em poder do réu" (HC n. 74.420-RJ, rel. Min. Celso de Mello, DJU de 19-12-96, p. 51.768) (*in* Ap. Crim. n. 2004.003196-3, de Herval d'Oeste, rel. Des. Sérgio Paladino, j. 18-5-2004).

"[...] A pequena quantidade de tóxico, por si só, não basta à certeza de que se destinava apenas ao uso próprio" (Apelação Criminal n. 2004.016887-0, de Urussanga, rel. Des. Amaral e Silva).

Destarte, a toda evidência que o elenco probatório colhido nos autos está apto a autorizar a condenação, uma vez que o comércio ilícito de drogas foi comprovado pelas próprias circunstâncias da prisão. Tais indícios levam à conclusão inequívoca da mercancia ilícita de drogas, admitindo a condenação na presente persecução penal.

Logo, demonstradas a materialidade e a autoria dos delitos em análise, resta apenas destacar que o crime previsto no art. 12 é de ação múltipla ou conteúdo variado, pois apresenta várias formas de violação da mesma proibição, bastando, para a consumação do delito, a prática de uma das ações ali previstas.

Dispõe a Lei de Tóxicos:

"Art. 12. Importar ou exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda ou oferecer, fornecer ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar ou entregar, de qualquer forma, a consumo substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar".

Então, para a configuração do crime de tráfico de entorpecentes, basta a ocorrência de uma das ações ali delineadas e é certo que o apelante adquiria, vendia e guardava consigo certa quantidade de droga para entregar a consumo.

Em reforço, deste Tribunal, citam-se:

"Para a configuração do delito de tráfico de entorpecentes não é preciso que os agentes se encontrem quando da prisão em flagrante na posse direta da droga, sendo suficiente outros indícios que possam conduzir à certeza das suas responsabilidades pelo material tóxico apreendido, bem como do destino que lhe seria dado (narcotráfico), tais como a quantidade de maconha e a insuspeita indicação policial" (Ap. Crim. n. 1996.002708-4, de Urussanga, rel. Des. Álvaro Wandelli).

"Para a caracterização do delito previsto no art. 12, da lei em referência, basta o agente incidir em uma das condutas descritas em seu núcleo, que é de ação múltipla ou de conteúdo variado" (Apelação Criminal n. 32.750, de São Lourenço do Oeste, rel. Des. Cláudio Marques).

Ressalte-se, por fim, que a conjuntura dos fatos, quais sejam a coerência e unissonância dos depoimentos dos policiais que efetuaram a prisão em flagrante, a declaração do menor reconhecendo o apelante como vendedor de drogas, o flagrante da conduta criminosa, o local da apreensão e as demais circunstâncias denota que a droga destinava-se ao comércio ilegal, sendo suficiente para condenar o increpado pelo crime descrito no art. 12 da Lei n. 6.368/76.

De igual forma, foi corretamente constatada na sentença a causa de aumento prevista no art. 18, inciso III, da Lei n. 6.368/76 (visar a menor de 21 anos), porque devidamente comprovada a venda da substância entorpecente ao adolescente T. M. R., que tinha 16 anos à época dos fa-

tos (cópia da certidão de nascimento acostada à fl. 32).

A propósito:

"Prevê o art. 18, III, da Lei n. 6.368/76 a exasperação da pena quando qualquer dos crimes da Lei de Tóxicos decorrer da associação ou quando a pessoa visada for menor de 21 anos, evidenciando de forma cristalina o seu cunho alternativo, de modo que cada circunstância, considerada isoladamente, enseja a exasperação da pena" (REsp. n. 135.663, rel. Min. Vicente Leal, j. em 15-12-1998 -- DJU 1º-3-1999, p. 385).

Logo, porque devidamente caracterizadas a autoria e a materialidade delitiva, é inviável o acatamento do pleito absolutório.

De outra banda, é inviável a recognição do princípio da insignificância em face da pequena quantidade de droga apreendida, haja vista tratar-se de crime de perigo abstrato, bastando que esteja presente o princípio ativo da substância proibida para a configuração delitiva.

Nessa senda, colhe-se da remansosa jurisprudência:

"Não descaracteriza o delito de tráfico de substância entorpecente o fato de a polícia haver apreendido pequena quantidade do tóxico em poder do réu" (HC n. 74.420-RJ, rel. Min. Celso de Mello, DJU 19-12-1996, p. 51.768).

"[...] Sendo o tráfico de drogas considerado crime de perigo presumido ou abstrato, não importa para sua caracterização a quantidade apreendida em poder do agente, esgotando-se o tipo simplesmente no fato de ter consigo material estupefaciente para a venda ou repasse" (Ap. Crim. n. 2004.016511-0, da Capital, rel. Des. Solon d'Eça Neves).

"[...] Pleiteada aplicação do princípio da insignificância -- Pequena quantidade de droga e condição de usuário -- Benefício inaplicável ao crime de tráfico" (Ap. Crim. n. 2000.018424-1, de Criciúma, rel. Juiz Torres Marques).

"A pequena quantidade da droga apreendida em poder do réu, para seu uso, não exclui, só por si, a ilicitude penal, porque se pune pela previsão do art. 16, o fato de portar material entorpecente, qualquer que seja a sua quantidade, porquanto a razão jurídica da punição daquele que adquire, guarda ou traz consigo substância tóxica, é o perigo social que a sua conduta representa" (Ap. Crim. n. 2003.012018-1, de São Miguel do Oeste, rel. Des. Maurílio Moreira Leite).

Inadmissível também é o perdão judicial para o caso em apreço, haja vista a inexistência de qualquer previsão legal no que tange à sua aplicação aos delitos de tráfico de entorpecentes.

Sobre o assunto, leciona Julio Fabbrini Mirabete que "O perdão judicial foi também arrolado pela reforma penal entre as causas da extinção da punibilidade, como instituto por meio do qual o juiz, embora reconhecendo a prática do crime, deixa de aplicar a pena desde que se apresentem determinadas circunstâncias excepcionais previstas em lei e que tornam inconveniente ou desnecessária a imposição de sanção penal. [...] É praticamente pacífico que a aplicação do perdão se destina, exclusivamente, às hipóteses elencadas na lei sendo impossível estender sua abrangência a outros ilícitos" (*in* Código Penal Interpretado. São Paulo: Atlas, 1999. p. 570).

O entendimento deste egrégio Tribunal não destoa:

"[...] Reconhecimento do perdão judicial -- Inviabilidade -- Ausência de previsão legal para os delitos de tráfico. Recurso desprovido" (Ap. Crim. n. 2004.008463-3, de Piçarras, rel. Des. Torres Marques).

"Crime contra a Saúde Pública. Uso. Condenação. Perdão judicial. Não cabimento.

"O perdão judicial que é causa extintiva da punibilidade somente é aplicável às infrações penais especialmente indicadas pelo legislador, restritas, pois, a casos legais específicos" (Ap. Crim. n. 29.923, da Capital, rel. Des. José Roberge).

De igual modo, não há acolher o pleito de minoração da reprimenda imposta.

Colhe-se da decisão prolatada que a fixação da pena-base e a majoração de seu *quantum* em patamar acima do mínimo legal estão livres de qualquer reparo, uma vez que o julgador, na primeira fase da dosimetria da pena, ao considerar as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, bem as consignou e identificou, conforme se depreende da transcrição abaixo:

"1ª Fase: A culpabilidade é certa, sendo que a reprovabilidade de sua conduta é mediana. O réu não registra antecedentes criminais. Sua conduta social é tida como prejudicial, pois além de responder a outras ações penais (certidão de fls. 138 e 139), o acusado utiliza-se de modos ilícitos como 'meio de sustento', dedicando-se a tarefas desonestas e demonstrando não ter um convívio normal com outros indivíduos, possuindo uma vida recheada de deslizes e imoralidade, revelando-se um portador de desajuste social. Não existem elementos para se avaliar a sua personalidade, sob o ponto de vista criminológico. Os motivos do crime restaram esclarecidos, sendo próprios dos crimes de tráfico – lucro fácil em detrimento da saúde alheia. As circunstâncias em que o crime foi praticado também são normais às das espécies delitivas. As con-

seqüências do crime de tráfico são maléficas a toda a sociedade, afetando todas as camadas sociais, tendo em vista ser um crime de fomento de toda criminalidade, como furtos cometidos por viciados/dependentes em busca de dinheiro para sustentar seu vício, passando pelo tráfico de armas, roubos, seqüestros e corrupção, até atingir a base da família brasileira, destruindo-a por completo. O comportamento da vítima, a coletividade em geral, em nada contribuiu para a ocorrência do delito" (fl. 193) (destacou-se).

Em suma, verifica-se que a pena-base foi bem dosada, considerando a má conduta social do increpado como razão justificadora do aumento um pouco além do mínimo legal, ou seja, em 3 (três) anos e 3 (três) meses de reclusão e ao pagamento de 55 (cinqüenta e cinco) dias-multa.

A propósito, a jurisprudência é clara em apontar a possibilidade de majoração da pena basilar em patamar superior ao mínimo legal quando houver justificativa para tanto. Veja-se:

'"A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem reconhecido a possibilidade de o magistrado sentenciante fixar a pena em limite superior ao mínimo legal, desde que indique concretamente as razões justificadoras da exacerbação da pena' (STF – HC n. 70.650/ES – j. 19-10-93 – rel. Min. Celso de Mello – DJU 11-2-94)" (Revisão Criminal n. 2000.006029-1, de Joinville, rel. Des. Amaral e Silva).

"A primariedade do agente, por si só, não é sinônimo de fixação da pena-base no mínimo legal, pois é possível irrogá-la acima de tal limite diante do conjunto das circunstâncias judiciais informadoras previstas no art. 59, do CP" (Ap. Crim. n. 2000.011267-4, de Canoinhas, rel. Juiz Nilton Macedo Machado).

"[...] Se o conjunto dos elementos do artigo 59, do Código Penal, não favorecem ao réu, em nenhum exagero incide o Magistrado ao fixar a pena-base um pouco acima do mínimo legal" (Revisão Criminal n. 1997.012665-4, da Capital, rel. Des. Alberto Costa).

Na 2ª etapa da dosimetria, ante a ausência de agravantes ou atenuantes, não houve alteração na quantidade da pena.

Na última fase da dosagem penal, porque presente a causa de aumento de pena descrita no art. 18, inciso III, da Lei n. 6.368/76 (visar a menor de 21 anos), operou-se escorreitamente a majoração em 1/3 (um terço), definitivando-se a sanção corporal em 4 (quatro) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e 73 (setenta e três) dias-multa.

A propósito:

"Na segunda fase da dosimetria, a pena de multa não sofre alterações, já que, naquela etapa, agravantes e atenuantes não interferem, incidindo apenas causas de especial aumento ou diminuição" (Ap. Crim. 2005.002857-7, de Caçador, rel. Des. Amaral e Silva).

Nesse norte, é oportuno ainda esclarecer que, malgrado a nova lei antitóxicos (Lei n. 11.343/06, que entrou em vigor em 9-10-2006) tenha alterado a redação do dispositivo ("visar a atingir criança ou adolescente") e minorado a fração de majoração da aludida causa de aumento, agora prevista no inciso VI do art. 40 da referida norma, de 1/3 para 1/6, tem-se que tal benefício não pode ser aplicável ao caso em comento.

Primeiro porque não pode o togado cindir a norma para aplicar tão-somente a parte mais benéfica ao agente, sob pena de estar criando uma terceira regra.

Tal entendimento, a despeito de outros posicionamentos doutrinários, é adotado por Jair Leonardo Lopes, Paulo José da Costa Júnior, José Henrique Pierangeli, Fernando Capez, Nélson Hungria, Aníbal Bruno e Heleno Cláudio Fragoso, que entendem "não ser possível a combinação de lei anterior e posterior para efeito de extrair de cada uma delas as partes mais benignas ao agente, porque, nesse caso, o juiz estaria legislando. [...] Nesse sentido: STF, 2ª T., HC n. 74.695-SP, j. 11-3-1997, Informativo STF. n. 63, p. 2 de 19-3-1997, Boletim IBCCrim. 54/192; STF, 1ª T., HC n. 75.284-5, j. 14-10-1997, DJU, 21-11-1997; STJ, 6ª T., HC n. 5.546-SP, rel. Min. William Patterson, j. 26-5-1997, DJU, 16-6-1997" (Capez, Fernando. Curso de direito penal: parte geral. vol. 1, 9. ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2005. p. 57).

Sobre a impossibilidade de combinação legislativa pelo Poder Judiciário, a Corte gaúcha também já decidiu:

"Não cabe ao magistrado, a pretexto de concretizar os princípios constitucionais da isonomia ou da proporcionalidade, aplicar o preceito secundário de uma norma incriminadora em outro tipo penal, procedimento que encerra verdadeira combinação de leis, avesso às funções típicas do Poder Judiciário, que atua no controle de constitucionalidade das leis sempre como legislador negativo. Apelo improvido" (Ap. Crim. n. 70009111022, Oitava Câmara Criminal, rel. Marco Antônio Ribeiro de Oliveira, julgado em 29-9-2004).

Situação semelhante, de tentar combinar leis, foi proibida pelos tribunais com o advento da Lei n. 9.271/96, que alterou o art. 366 do Código de Processo Penal, determinando a suspensão do processo quando o réu fosse citado por edital, bem como o curso da prescrição.

Naquela ocasião, explica Guilherme de Souza Nucci: "houve tentativa por parte de alguns juízes de combinar leis, suspendendo o processo de imediato, mas não a prescrição. Essa possibilidade foi vetada pelos tribunais pátrios, em corrente majoritária: 'É inadmissível a aplicação parcial do mencionado diploma legal, com incidência apenas do preceito pertinente à suspensão do processo, afastando o comando relativo à suspensão do prazo prescricional' (STJ, REsp. n. 184.820/SP, 6.ª T., rel. Vicente Leal, 11-5-1999, v.u., DJ 21-6-1999, p. 179; REsp. n. 202.546/SP, 5.ª T., rel. José Arnaldo da Fonseca, 20-5-1999, v.u., DJ 21-6-1999, p. 196; RHC n. 9.004-MG, 6.ª T., rel. Vicente Leal, 26-10-1999, v.u., DJ 29-11-1999, p. 204" (*In* Código Penal Comentado. 5. ed. rev. atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 60).

De outra banda, não fosse apenas isso, vê-se que o crime de tráfico recebeu da nova lei de tóxicos traços de *lex gravior*, sendo esta, comparada com a lei anterior, muito mais severa no trato com a mercancia de entorpecentes, tendo mesmo majorado a pena corporal cominada ao referido crime de 3 a 10 anos de reclusão para 5 a 15 anos de reclusão, bem como a pena de multa de 50 (cinqüenta) a 360 (trezentos e sessenta) para 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

Desse modo, norteando-se por uma interpretação teleológica, ou seja, pautada na finalidade da norma, depreende-se que a aplicação isolada de alguns dispositivos da lei nova, sem atenção aos novos regramentos, sabidamente mais duros, representaria um bônus para o traficante, em especial aquele que praticou o crime ainda na vigência da lei anterior, situação que, todavia, tendo em vista o caráter mais rigoroso imposto no estatuto antitóxicos, não pode prevalecer.

Em outras palavras, quer-se dizer, *in casu*, que o aumento de 1/6 relativamente à causa de aumento em epígrafe ("atingir criança ou adolescente", prevista no art. 40, inciso VI, da Lei n. 11.343/06) somente pode ser aplicado em face das sanções mais graves advindas da nova norma, então previstas em seu art. 33, *caput*, já que o legislador apenas minorou o aludido acréscimo tendo em vista o incremento ocorrido no *quantum* na pena basilar, sendo oportuno ainda consignar que tal majoração, se devidamente fundamentada, pode chegar até 2/3 (dois terços).

Em sendo assim, mostra-se irretocável o *quantum* da sanção corporal infligida.

Por fim, acerca da substituição ou suspensão da pena, nos termos, respectivamente, dos arts. 44 e 77 do Código Penal, em que pese a possibilidade da permutação advinda

da recognição da inconstitucionalidade da expressão "integralmente fechado" prevista no art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90, que derrogou parte da fundamentação jurisprudencial e doutrinária sobre a vedação da substituição da reprimenda, verifica-se que o sentenciado não preenche o requisito objetivo para a concessão de quaisquer das benesses, uma vez que o *quantum* da pena imposta foi superior a quatro anos.

"Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:

"I – *aplicada pena privativa de liberdade não superior a 4 (quatro) anos* e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo;

"II – o réu não for reincidente em crime doloso;

"III – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente. [...]" (destacou-se).

"Art. 77. A execução da pena privativa de liberdade, *não superior a 2 (dois) anos*, poderá ser suspensa, por 2 (dois) a 4 (quatro) anos, desde que:

"I -- o condenado não seja reincidente em crime doloso;

"II -- a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias autorizem a concessão do benefício;

"III -- Não seja indicada ou cabível a substituição prevista no art. 44 deste Código. [...]" (grifamos).

Logo, ante a evidente tipicidade das condutas descritas no art. 12, *caput*, c/c o art. 18, inciso III, ambos da Lei n. 6.368/76, e em virtude do afastamento das demais teses defensivas, mantém-se, na íntegra, a sentença prolatada.

Decisão

Diante do exposto, em Primeira Câmara Criminal, por votação unânime, nega-se provimento ao apelo.

Participou do julgamento, com voto vencedor, a Exma. Sra. Desa. Substa. Marli Mosimann Vargas, e emitiu parecer pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Humberto Francisco Scharf Vieira.

Florianópolis, 17 de outubro de 2006.

Souza Varella,
Presidente, com voto;
Tulio Pinheiro,
Relator.

RECURSO CRIMINAL

RECURSO CRIMINAL N. 2005.005022-0, DE SÃO JOSÉ

Relator: Des. Solon d'Eça Neves

Recurso criminal – Crime contra a ordem tributária – Pendência de julgamento relativo ao débito fiscal na via administrativa – Recebimento da denúncia que se impõe – Suspensão do curso da ação penal e do prazo de prescrição que se mostra mais prudente – Tempo do crime – Momento da realização do verbo nuclear – Teoria da atividade que foi adotada pelo Código Penal – Faculdade do Ministério Público em propor a ação penal a qualquer tempo – Garantia conjunta dos direitos sociais e individuais – Preservação da unidade do sistema – Recurso provido.

Não é possível fundar a inscrição da dívida como condição de punibilidade. O direito de o Ministério Público deflagrar a ação penal não pode ser paralisado em razão da pendência de processo e/ou recurso administrativo, até porque não é a inscrição que constitui o crime de sonegação fiscal, que é preexistente (o tempo do crime é um só: momento em que houve a realização do verbo nuclear – art. 4º do CP), e continua a existir ainda que a dívida não seja inscrita e mesmo que a autoridade fiscal venha a extinguir, por outros meios, o débito.

Mostra-se mais prudente a suspensão do processo e do prazo prescricional, pois em perfeita sintonia com os interesses sociais e individuais. Vale dizer que, se por

um lado não é tolhido o exercício de o Estado fazer valer seu jus puniendi, por outro ficam devidamente atendidos os interesses individuais constitucionais referentes ao jus libertatis. Preserva-se desta maneira a unidade do sistema, bem como mantém-se a segurança jurídica necessária na relação processual.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso Criminal n. 2005.005022-0, da comarca de São José, em que é recorrente a Justiça, por seu Promotor, e recorrido Neuso Straginski:

ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal, por votação unânime, dar provimento ao recurso para receber a denúncia e determinar a suspensão do processo e do prazo prescricional.

Custas legais.

Cuida-se de recurso criminal interposto pelo representante do Ministério Público contra decisão proferida pelo Juízo da Vara Criminal da comarca de São José que rejeitou a denúncia, com fulcro no art. 43, III, *in fine*, do Código de Processo Penal, sob o argumento de que para a instauração de ação penal por crime fiscal tem-se como pré-requisito a existência de débito devidamente constituído, o que não ocorre nos autos, tendo em vista processo administrativo pendente.

O recorrido, devidamente intimado, deixou transcorrer *in albis* o prazo para as contra-razões (fl. 78).

A decisão foi mantida por seus próprios fundamentos (fl. 88).

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, com parecer da lavra do Dr. Paulo Antônio Günther, opinou pelo provimento do recurso.

É o sucinto e necessário relato.

Com efeito, o recurso ministerial deve prosperar para ser recebida a denúncia, com a ressalva da suspensão do processo, bem como da prescrição.

Registra-se, inicialmente, que o tema sob análise há muito vem sendo discutido em nossos tribunais.

Pondera-se, contudo, que o entendimento deste relator é de que o processo administrativo e/ou recurso administrativo é uma questão prejudicial heterogênea, que resulta na premissa maior de que o processo criminal, como meio para uma eventual e futura condenação, deve ser suspenso, com, é claro, o prazo prescricional do crime, até que haja uma conclusão definitiva no processo

administrativo-fiscal, justamente por ser a decisão mais prudente quando em jogo a balança dos interesses sociais e individuais.

Nesse ínterim, vale destacar o que assentou o Desembargador Federal Rogério Vieira de Carvalho, no HC n. 1999.02.01.058430-7/RJ, o qual vem sendo utilizado como paradigma para o entendimento ora adotado:

"O recurso administrativo é questão prejudicial heterogênea, condicionante do reconhecimento ou não do tipo penal imputado ao paciente. Nessa ordem de idéias, ao fazer o inc. I do art. 116 do Estatuto Repressivo referência à figura do processo, quer dizer que, no hodierno contexto constitucional, deve ser o termo entendido como abrangente do processo judicial e administrativo, a teor do art. 5º, LV, da Carta Magna, admitindo-se portanto que possa o processo administrativo em curso ter o condão de gerar a suspensão da prescrição penal".

Ressalta-se, ainda, que, além da aplicação do artigo 116, inciso I, do Código Penal, concomitantemente se mostra devida a aplicação do artigo 93 do Código de Processo Penal, o primeiro dando azo à imobilidade do prazo prescricional e o segundo dando guarida, sob uma interpretação mais lógica, da suspensão do próprio processo em virtude de um necessário julgamento pretérito e autônomo na esfera administrativa.

Nesse sentido, destaca-se da jurisprudência desta Casa:

"*Habeas corpus* -- Trancamento de ação penal -- Crime contra a ordem tributária (sonegação de impostos) -- Pendência de julgamento, na esfera administrativa, de recurso de decisão proferida em reclamação contra notificação fiscal -- Crédito tributário não constituído definitivamente -- Constrangimento ilegal decorrente do prosseguimento da persecução criminal caracterizado -- Ordem concedida em parte, para suspender o curso da ação e o respectivo prazo prescricional enquanto não decidido o processo administrativo" (HC n. 2005.035038-8, de Criciúma, rel. Des. Gaspar Rubik).

Por oportuno, extrai-se do voto:

"De outro lado, sem se olvidar o entendimento consolidado pelo Supremo Tribunal Federal a respeito do assunto, não parece razoável fulminar-se tão precocemente a ação penal, ainda mais considerando-se que, em tese, trata-se de lesão significativa ao patrimônio público, pois totalizava, no mês de setembro de 2003, R$ 34.575,20 (trinta e quatro mil quinhentos e setenta e cinco reais e vinte centavos), mostrando-se, pois, muito mais recomendável a suspensão do seu curso até que se resolva em definitivo, na esfera administrativa, a pendenga tributária -- o que também parece estar próximo de acontecer, já que já atingida a fase recursal (fl. 68) --, para só então

trancá-la definitivamente ou, se não resolvida favoravelmente ao devedor, determinar o seu prosseguimento sem necessidade de instauração de nova demanda. E isto, é de se ver, porque se trata de questão prejudicial heterogênea, conforme defendeu Cláudio Fonteles em artigo publicado pela Revista dos Tribunais n. 796:

'Na verdade, a constituição do crédito tributário jamais pode ser condição objetiva de punibilidade, mas sim questão prejudicial heterogênea. [...] A questão posta 'à decisão de autoridade diversa do juiz da ação penal' e que, no caso, versa sobre a constituição, ou não, do crédito tributário, se não o afirma, por óbvio que impede a afirmação de que houve supressão, ou redução, do tributo e, assim, versa sobre a tipicidade penal, daí por que se constitui em questão prejudicial -- atinge a pretensão posta no juízo penal -- heterogênea, porque sua decisão está 'em autoridade diversa do juiz da ação penal', para ficar-se com as próprias expressões do Min. Sepúlveda Pertence.

'Questão prejudicial heterogênea quando, por exemplo, o acusado apresenta, documentalmente, na sede penal a decisão administrativa de não constituição do crédito tributário, e a sociedade, por seus servidores dotados de legitimação acusatória -- os membros do Ministério Público -- apresenta, também documentalmente, a prova do ajuizamento da ação cível a questionar tal conclusão administrativa. Abre-se campo à incidência do art. 93 do CPP, tudo dentro da organicidade do *due process of law*' (A constituição do crédito tributário não é condição objetiva de punibilidade aos delitos contra a ordem tributária, Revista dos Tribunais, n. 796, fev./02, p. 497).

"Impende anotar, ainda, que a referência a juízo cível contida no art. 93 do Código de Processo Penal não pode ser interpretada tão restritivamente de maneira a excluir-se a apreciação feita no contencioso administrativo. Em primeiro lugar porque, como já enfatizava Eduardo Espínola, 'o nosso Candido Mendes dá como uma das características das questões prejudiciais pertencerem, conquanto se refiram sempre ao processo criminal, a uma esfera de direito distinta da do direito penal (Código do Processo Penal para o Distrito Federal anotado, 1925. p. 37).

'Se bem sejam referidas, geralmente, como questões cíveis, não quer dizer que as prejudiciais versem sempre sobre assunto de direito civil; pode ventilar matéria de direito privado não civil, como o comercial, o industrial, o aéreo, o marítimo, e, mesmo, matéria de direito público, como o constitucional, o administrativo, o corporativo, e, também, matéria de direito internacional privado.

'O que se entende, empregando o adjetivo civil, é estabelecer

a antítese entre os juízes criminais e os cíveis, compreendidas nestes últimos, não só as varas cíveis, como as administrativas e as dos feitos da fazenda pública. São, destarte, prejudiciais as questões, que, se se mantiverem independentes da ação penal, devem ser submetidas a juízo não-criminal' (Código de Processo Penal Brasileiro Anotado. Campinas: Bookseller, 2000, vol. II, p. 279 e 280)".

Por outro lado, cumpre salientar, ainda, que já se encontra pacificado na jurisprudência que o art. 83 da Lei n. 9.430/96 somente tem como destinatários os agentes fiscais, e, por conseguinte, o Ministério Público tem ampla legitimidade para oferecer a denúncia a qualquer tempo, de forma independente e incondicionada.

Ora, se o Ministério Público pode oferecer denúncia quando tem o efetivo conhecimento por outros elementos de prova que não a comunicação feita pela autoridade fiscal da ocorrência de um débito tributário, diga-se, do cometimento de um suposto crime, perfeitamente possível a formação da persecução criminal naquele momento, mesmo que empós haja processo e/ou recurso na esfera administrativa, pois a relação jurídica se mostra perfeitamente válida.

Giza-se que em algumas situações, com a deflagração tardia da ação penal, toda a relação jurídica ficaria sem nenhuma serventia, pois do tempo do crime, que é um só – momento em que houve a realização do verbo nuclear (art. 4º do CP – teoria da atividade) – até o recebimento da denúncia certamente muitos dos delitos fiscais teriam seus prazos prescricionais exauridos, dada a pena em abstrato ou mesmo aquela considerada em concreto numa possível sentença condenatória.

Não seria crível que se almejasse a espera de uma comunicação da autoridade fiscal, situação em que o prazo prescricional do pretenso crime continuaria correndo, para, somente então, proceder-se ao devido desenrolar processual.

Do mesmo modo, não é possível fundar a inscrição da dívida como condição de punibilidade. Ocorre que o direito do Ministério Público de deflagrar a ação penal não pode ser paralisado em razão da pendência de processo e/ou recurso administrativo, até porque não é a inscrição que constitui o crime de sonegação fiscal, que é pretérito (teoria da atividade). Registra-se que o delito persistirá mesmo nos casos em que a autoridade fiscal venha a extinguir, por outros meios, o débito.

Nesse sentido, a jurisprudência:

"Sonegação fiscal – Delito caracterizado em tese – Desnecessidade de prévia inscrição da dívida, como condição de procedibilidade – *Habeas corpus* denegado – De-

claração de voto – Voto vencido – Inteligência do art. 1º, incs. I, II e IV, da Lei n. 4.729, de 1965.

"Não é possível erigir a inscrição da dívida como condição de procedibilidade do delito de sonegação fiscal. Pois não é ela que constitui o crime em apreço, que é preexistente e que continua a existir ainda que a dívida não seja inscrita e mesmo que a autoridade fiscal tenha absolvido o sonegador" (HC n. 37546, da comarca de São Paulo/SP, RT 448/631).

Do voto do Des. Lauro Malheiros, que acompanhou o voto do relator, extrai-se:

"Como bem concluiu o douto Relator designado, em regra o juiz penal não está obrigado a aguardar a solução administrativa tributária para permitir a movimentação da ação penal, nem fica vinculado a qualquer solução dada na referida instância administrativa.

"Acrescente-se que o que juiz pode fazer, em face do art. 93 do CPP (e isso como mera faculdade) é suspender o andamento do processo penal, se o reconhecimento da existência da infração penal depender de decisão sobre questão diversa da prevista no art. 92, da competência do juízo cível, e se nesta houver sido proposta ação para resolvê-la.

"Jamais a existência de processo fiscal, na fase administrativa, pode impedir a instauração de ação penal, desde que o fato configure crime em tese. Não se vê como trancar a ação penal" (RT 448/367).

Dessa feita, mostra-se mais prudente o recebimento da denúncia e, após, a suspensão do processo e do prazo prescricional, pois em perfeita sintonia com os interesses sociais e individuais.

Vale dizer que, se por um lado não é tolhido o exercício do Estado em fazer valer seu *jus puniendi*, por outro ficam devidamente atendidos os interesses individuais constitucionais referentes ao *jus libertatis*. Preserva-se dessa maneira a unidade do sistema, bem como se mantém a segurança jurídica necessária na relação processual.

Assim, diante do exposto, dá-se provimento ao recurso para receber a denúncia, determinando-se, contudo, a suspensão do processo e do prazo prescricional até a constituição definitiva do débito.

Participou do julgamento o Exmo. Sr. Des. Gaspar Rubik. Lavrou o parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Paulo Antônio Günther.

Florianópolis, 2 de maio de 2006.

Amaral e Silva,
Presidente, com voto;
Solon d'Eça Neves,
Relator.

SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL

APELAÇÕES CRIMINAIS

APELAÇÃO CRIMINAL N. 2005.023538-5, DE SÃO MIGUEL DO OESTE

Relator: Des. Sérgio Paladino

Apelação criminal. Preliminar de nulidade decorrente da prova produzida por membros do Ministério Público. Art. 129, incisos I e VIII, da Constituição Federal, combinado com o art. 8º, inciso V, da Lei Complementar n. 75/93. Possibilidade. Atos investigatórios visando à alucidação de crimes que não incumbem com exclusividade à polícia judiciária. Prefacial rejeitada.

"A Constituição Federal, em seu art. 129, I, atribui, privativamente, ao Ministério Público promover a ação penal pública. Essa atividade depende, para o seu efetivo exercício, da colheita de elementos que demonstrem a certeza da existência do crime e indícios de que o denunciado é o seu autor. Entender-se que a investigação desses fatos é atribuição exclusiva da polícia judiciária, seria incorrer-se em impropriedade, já que o titular da ação é o Órgão Ministerial. Cabe, portanto, a esse o exame da necessidade ou não de novas colheitas de provas, uma vez que, tratando-se o inquérito de peça meramente informativa, pode o Ministério Público entendê-la dispensável

na medida em que detenha informações suficientes para a propositura da ação penal" (STJ – 5ª Turma, HC n. 25.238/GO, rel. Min. Jorge Scartezzini, DJU de 24-5-2004, p. 298. Disponível em <www.stj.gov.br/jurisprudência>, acesso em 13-12-2005).

Nulidade. Argüição referente aos laudos de interceptações telefônicas e de gravações ambientais. Transcrições realizadas por funcionárias do Ministério Público. Possibilidade. Peritas nomeadas pelo magistrado. Prova produzida em conformidade com os ditames da Lei n. 9.296/96. Mácula não configurada.

Autorizada pelo juiz e observados todos os requisitos exigidos pela Lei n. 9.296/96, não há ensejo à declaração de invalidez das transcrições das interceptações telefônicas e de gravações ambientais, máxime se os apelantes tiveram a oportunidade de contestar a autenticidade das vozes e não o fizeram.

Delito contra o patrimônio. Extorsão qualificada. Materialidade e autoria demonstradas. Pretendida absolvição. Inviabilidade.

Se o conjunto probatório aponta, inequivocamente, a autoria e a materialidade do crime narrado na denúncia, inviabiliza-se a absolvição.

Tentativa. Pretendido o reconhecimento. Vítima que não se submeteu à vontade dos agentes, nem sucumbiu às ameaças, tanto que procurou o representante do Ministério Público local. Viabilidade. Delito para cuja consumação se faz mister a submissão do sujeito passivo à vontade do agente, não obstante classificado como formal. Pleito acolhido.

"Embora formal o crime, é induvidosa a possibilidade de ocorrência da tentativa desse crime plurissubsistente, em que há um iter criminis *a ser percorrido e que, portanto,*

pode ser interrompido por circunstâncias alheias à vontade do agente. Praticada a violência ou a grave ameaça sem que a vítima a ela se submeta, por qualquer razão, ocorre a tentativa de extorsão" (Mirabete, Julio Fabbrini. Código Penal Interpretado, 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 1.173).

Pena. Causa especial de aumento. Participação de mais de duas pessoas. Art. 158, § 1º, do Código Penal. Configuração.

Comprovada nos autos a participação de mais de uma pessoa na execução do delito de extorsão, não se pode afastar a causa especial de aumento de pena prevista no § 1º do art. 158 do Estatuto Repressivo.

Extorsão. Almejada desclassificação para concussão. Inadmissibilidade. Agentes que, mediante o uso de grave ameaça de mal injusto, constrangiam a vítima com o intuito de obter para si ou para outrem vantagem econômica.

"'No delito de concussão, o sujeito ativo, necessariamente funcionário público (eis que se trata de crime contra a Administração Pública, regulado no Título XI do CP), exige da vítima, em razão da função pública a vantagem indevida, mas não a constrange com violência ou grave ameaça. Aquela cede à exigência exclusivamente metus publicae potestatis*, não premida por promessa de violência ou de algum mal futuro. Já na extorsão, bem ao contrário, o agente constrange alguém, mediante violência ou grave ameaça, a fazer, tolerar que se faça ou deixar de fazer alguma coisa, obtendo também, por esse meio, indevida vantagem econômica' (TACrimSP – AC – Rel. Clineu Ferreira – RT 627/311)" (Franco, Alberto Silva; Silva Júnior, José; Betanho, Luiz Carlos; Stoco, Rui; Feltrin, Sebastião Oscar; Guastini, Vicente Celso da Rocha, e Ninno, Wilson. Código penal e sua interpretação jurisprudencial. v. 2: parte*

especial. 7. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2001. p. 3.859).

Pena-base. Postulada redução. Inviabilidade. Majoração que observou as operadoras do art. 59 do Código Penal.

"'Se o conjunto dos elementos do art. 59 do CP não favorece ao réu, em nenhum exagero incide o Magistrado ao fixar a pena-base um pouco acima do mínimo legal' (TJSC – Ap. Crim. n. 1997.011348-0, rel. Des. Alberto Costa – j. 15-12-97)" (Luiz Regis Prado, Cezar Roberto Bitencourt. Código Penal Anotado e Legislação Complementar. 2. ed. rev. e atual., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999. p. 229).

Circunstância atenuante contemplada no art. 65, inciso III, alínea d*, do Código Penal. Pleiteado reconhecimento. Impossibilidade à míngua de caracterização. Recursos parcialmente providos.*

Inviabiliza-se a redução da pena-base na segunda fase da dosimetria como corolário do reconhecimento da circunstância atenuante prevista no art. 65, inciso III, alínea d*, do Código Penal, se o agente não confessou o cometimento do delito.*

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 2005.023538-5, da comarca de São Miguel do Oeste (2ª Vara), em que são apelantes Odilo Hilário Lermen, Gabriel Cristiano Dal Magro e Ricardo Hoffmann, e apelada a Justiça, por seu Promotor:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por unanimidade, dar parcial provimento aos recursos; vencido, em parte, o Relator, que remetia os autos à douta Procuradoria-Geral de Justiça para pronunciamento sobre o mérito.

Custas na forma da lei.

Relatório

Na comarca de São Miguel do Oeste, o órgão do Ministério Público

ofereceu denúncia contra Odilo Hilário Lermen, Gabriel Cristiano Dal Magro e Ricardo Hoffmann, pela prática do crime previsto no art. 158, § 1º, combinado com o art. 29, ambos do Código Penal, descrevendo assim os fatos, *ipsis verbis*:

"Conforme se colhe das provas indiciárias que alicerçam a presente, os denunciados, unidos em vontades e esforços, constrangeram a vítima Gerri Adriani Lagni, por diversas vezes durante os meses de fevereiro e março de 2005, a lhes entregar quantia em dinheiro ou o equivalente econômico em outros bens, sempre sob a grave ameaça de que, se não o fizesse, os dois últimos denunciados valeriam-se de suas funções públicas não só para incriminá-lo de forma artificiosa, como também para prejudicar dois irmãos seus que possuem envolvimentos de caráter policial e judicial (ambos 'clientes' do co-denunciado Odilo).

"Tudo teve início no dia 16 de fevereiro de 2005, por volta das 9 horas, quando, após acompanhar a vítima, na qualidade de advogado, em visita a seu irmão de nome Paulo César Lagni de Oliveira na Unidade Prisional Avançada de São Miguel do Oeste (onde o mesmo se encontra preso), o denunciado Odilo, já nas dependências de seu escritório profissional e em conformidade a prévio ajuste com os demais agentes, disse a Gerri Adriani, em tom nitidamente intimidativo, que para 'livrar a barra' de seus irmãos Paulo César Lagni de Oliveira e Elói Adriano de Oliveira e para que a própria vítima não fosse 'envolvida' em algum crime pela Polícia, deveria 'dar um jeito' de conseguir em torno de R$ 500,00 a R$ 1.000,00 por mês, para entregar aos policiais ora também denunciados.

"Tão surpreendida quanto amedrontada, a vítima deixou o escritório do denunciado Odilo, retornando ao local no dia 17 ou 18 de fevereiro (dúvida esta a ser sanada durante a instrução criminal), acompanhado do mototaxista Santo Zanardi, oportunidade em que mencionado denunciado afirmou, uma vez mais em tom ameaçador, que 'sairia mais em conta fazer o 'acordo', referindo-se à entrega do dinheiro exigido, e aduzindo que Gerri 'teria só a ganhar, e não a perder'.'

"Em data ainda não precisamente esclarecida, mas na semana imediatamente seguinte, Gerri Adriani deslocou-se novamente até o escritório de Odilo, com a intenção de que este o acompanhasse em outra visita a Paulo César, na Unidade Prisional Avançada. Nessa ocasião, Odilo disse-lhe que os co-denunciados não mais ficariam satisfeitos com o recebimento da quantia anteriormente exigida, e que agora reclamavam o pagamento de R$ 15.000,00. À afirmativa de Gerri de que não dispunha desta quantia, Odilo redargüiu que

para os policiais Gabriel e Ricardo seria muito fácil incriminar a vítima e pedir sua preventiva, ou colocar uma 'droguinha' em seu carro e prendê-lo em flagrante. Disse, ainda, que o pagamento poderia ser parcelado, ou mesmo através da entrega de bens, sugerindo inclusive que Gerri vendesse o carro para poder efetuar o pagamento.

"No dia 28 de fevereiro de 2005, tendo recebido um ultimato para o pagamento dos valores exigidos pelos denunciados, a vítima Gerri Adriani Lagni, temendo ser falsamente incriminado pelos denunciados, bem como receoso de que os mesmos causassem algum mal a seus familiares, procurou o Ministério Público desta Comarca, relatando os fatos até então ocorridos. Com base no depoimento de Gerri foi requerida judicialmente interceptação das comunicações telefônicas dos ora denunciados Odilo, Ricardo, Gabriel e da vítima.

"Depois que as comunicações telefônicas passaram a ser acompanhadas, foram efetuados diversos contatos entre os denunciados Odilo, Ricardo, Gabriel e a vítima Gerri, nos quais todos os denunciados, alternando-se entre si, reiteraram as ameaças já feitas, efetuando inclusive negociações a respeito dos valores a serem pagos, tudo conforme relatado pormenorizadamente no quadro de fls. 5 e 6 do incluso relatório de investigação, o qual se pede *venia* para fazer a referência como parte integrante desta inicial.

"Algumas dessas conversas, entretanto, merecem ser ora destacadas.

"No dia 8 de março de 2005, por exemplo, em ligação efetuada ao denunciado Odilo pelo irmão da vítima, de nome Elói (cliente de Odilo e foragido da Justiça), justamente para tratar do multicitado pagamento, o predito advogado mandou que o mesmo avisasse a Gerri para 'acertar de uma vez e pronto', pois, 'os caras estão de meia em meia hora no escritório para cobrar o dinheiro', além de já aventar a armação de uma 'bronca' por estupro que estaria sendo armada pelos co-denunciados contra Gerri.

"No dia 9 de março de 2005, em nova ligação telefônica, o denunciado Odilo não só voltou a ameaçar a vítima Gerri, até mesmo repisando a existência da predita 'bronca', como ajustou um contato telefônico entre a vítima e os demais denunciados.

"Nesse contato, realizado por volta das 18h8min do mesmo dia 9 de março, foi a vez dos denunciados Ricardo e Gabriel entrarem efetivamente em cena.

"*Ab initio*, o denunciado Ricardo, após breve discussão com a vítima acerca da forma e do valor do pagamento, insinuou ameaçado-

ramente a Gerri 'que ele pode estar limpo enquanto eles quiserem'. Ato contínuo, o próprio denunciado Ricardo fez questão de intimidar a vítima, esclarecendo-lhe que sabia que a mesma teria uma namorada em Belmonte, e daí lhe pedindo que analisasse 'se vale a pena ou não' pagar o exigido.

"Em seguida, veio à conversa o denunciado Gabriel, que confirmando o delito e a participação de todos os três denunciados no evento, insistiu com Gerri que o pagamento não poderia passar da semana seguinte" (fls. 2 a 5).

Decretada a prisão preventiva dos indiciados (fls. 20 a 25), foi recebida a denúncia (fl. 85).

Posteriormente, o órgão do Ministério Público ofertou aditamento vazado nestes termos:

"Conforme se colhe das provas indiciárias que alicerçam a presente, os denunciados, unidos em vontades e esforços, constrangeram a vítima Gerri Adriani Lagni, por diversas vezes durante os meses de fevereiro e março de 2005, a lhes entregar quantia em dinheiro ou o equivalente econômico em outros bens, sempre sob a grave ameaça de que, se não o fizesse, os dois últimos denunciados valeriam-se de suas funções públicas não só para incriminá-lo de forma artificiosa, como também para prejudicar dois irmãos seus que possuem envolvimento de caráter policial e judicial (ambos 'clientes' do co-denunciado Odilo).

"Tudo teve início no dia 16 de fevereiro de 2005, por volta das 9 horas, quando, após acompanhar a vítima, na qualidade de advogado, em visita a seu irmão de nome Paulo César Lagni de Oliveira na Unidade Prisional Avançada de São Miguel do Oeste (onde o mesmo se encontra preso), o denunciado Odilo, já nas dependências de seu escritório profissional e em conformidade a prévio ajuste com os demais agentes, disse a Gerri Adriani, em tom nitidamente intimidativo, que para 'livrar a barra' de seus irmãos Paulo César Lagni de Oliveira e Elói Adriano de Oliveira e para que a própria vítima não fosse 'envolvida' em algum crime pela Polícia, deveria 'dar um jeito' de conseguir em torno de R$ 500,00 a R$ 1.000,00 por mês, para entregar aos policiais ora também denunciados.

"Tão surpreendida quanto amedrontada, a vítima deixou o escritório do denunciado Odilo, retornando ao local no dia 17 ou 18 de fevereiro, acompanhado do mototaxista Santo Zanardi, oportunidade em que mencionado denunciado afirmou, uma vez mais em tom ameaçador, que 'sairia mais em conta fazer o 'acordo', referindo-se à entrega do dinheiro exigido, e aduzindo que Gerri 'teria só a ganhar, e não a perder'.

"Em data ainda não precisa-

mente esclarecida, mas na semana imediatamente seguinte, Gerri Adriani deslocou-se novamente até o escritório de Odilo, com a intenção de que este o acompanhasse em outra visita a Paulo César, na Unidade Prisional Avançada. Nessa ocasião, Odilo disse-lhe que os co-denunciados não mais ficariam satisfeitos com o recebimento da quantia anteriormente exigida, e que agora reclamavam o pagamento de R$ 15.000,00. À afirmativa de Gerri de que não dispunha desta quantia, Odilo redargüiu que para os policiais Gabriel e Ricardo seria muito fácil incriminar a vítima e pedir sua preventiva, ou colocar uma 'droguinha' em seu carro e prendê-lo em flagrante. Disse, ainda, que o pagamento poderia ser parcelado, ou mesmo através da entrega de bens, sugerindo inclusive que Gerri vendesse o carro para poder efetuar o pagamento.

"No dia 28 de fevereiro de 2005, tendo recebido um ultimato para o pagamento dos valores exigidos pelos denunciados, a vítima Gerri Adriani Lagni, temendo ser falsamente incriminado pelos denunciados, bem como receoso de que os mesmos causassem algum mal a seus familiares, procurou o Ministério Público desta Comarca, relatando os fatos até então ocorridos. Com base no depoimento de Gerri foi requerida judicialmente interceptação das comunicações telefônicas dos ora denunciados Odilo, Ricardo, Gabriel e da vítima.

"Depois que as comunicações telefônicas passaram a ser acompanhadas, foram efetuados diversos contatos entre os denunciados Odilo, Ricardo, Gabriel e a vítima Gerri, nos quais todos os denunciados, alternando-se entre si, reiteraram as ameaças já feitas, efetuando inclusive negociações a respeito dos valores a serem pagos, tudo conforme relatado pormenorizadamente no quadro de fls. 5 e 6 do incluso relatório de investigação, o qual se pede *venia* para fazer a referência como parte integrante desta inicial.

"Algumas dessas conversas, entretanto, merecem ser ora destacadas.

"No dia 8 de março de 2005, por exemplo, em ligação efetuada ao denunciado Odilo pelo irmão da vítima, de nome Elói (cliente de Odilo e foragido da Justiça), justamente para tratar de multicitado pagamento, o predito advogado mandou que o mesmo avisasse a Gerri para 'acertar de uma vez e pronto', pois, 'os caras estão de meia em meia hora no escritório para cobrar o dinheiro', além de já aventar a armação de uma 'bronca' por estupro que estaria sendo armada pelos co-denunciados contra Gerri.

"No dia 9 de março de 2005, em nova ligação telefônica, o denunciado Odilo não só voltou a ameaçar a vítima Gerri, até mesmo repisando a existência da predita 'bronca', como

ajustou um contato telefônico entre a vítima e os demais denunciados.

"Nesse contato, realizado por volta das 18h8min do mesmo dia 9 de março, foi a vez dos denunciados Ricardo e Gabriel entrarem efetivamente em cena.

"*Ab initio*, o denunciado Ricardo, após breve discussão com a vítima acerca da forma e do valor do pagamento, insinuou ameaçadoramente a Gerri 'que ele pode estar limpo enquanto eles quiserem'. Ato contínuo, o próprio denunciado Ricardo fez questão de intimidar a vítima, esclarecendo-lhe que sabia que a mesma teria uma namorada em Belmonte, e daí lhe pedindo que analisasse 'se vale a pena ou não' pagar o exigido.

"Em seguida, veio à conversa o denunciado Gabriel, que confirmando o delito e a participação de todos os três denunciados no evento, insistiu com Gerri que o pagamento não poderia passar da semana seguinte.

"No dia 16 de março 2005, por volta das 18h30min, na Rua La Sale, em frente ao bar de propriedade de Moisés Boff, neste Município, a vítima Gerri Adriani, atemorizado com as graves ameaças que lhe haviam sido dirigidas pelos denunciados, e com o objetivo de evitar que os agentes cumprissem os males prenunciados, entregou a Odilo Lermen, como forma de pagamento dos valores exigidos, o automóvel GM/Monza, de placas ICF 5478, repassando-lhe diretamente as chaves e a documentação do veículo, os quais foram apreendidos em poder deste (conforme termo de apreensão não numerado, entre as folhas 51 e 52, do inquérito policial apenso)" (fls. 109 a 113).

Recebido o aditamento (fl. 117), os réus foram interrogados (fls. 126 a 128, 129 a 131 e 132 a 134) e apresentaram defesas prévias (fls. 144 e 145, 146 e 147 e 219 e 220), oportunidade em que postularam a produção de prova oral.

Inquiridas a vítima (fls. 376 a 379), as testemunhas arroladas na denúncia (fls. 369 a 375) e as indicadas nas peças de resistência (fls. 411 a 429, 508, 522 e 523, 531, 545), as partes desistiram quanto às remanescentes (fl. 410).

Intimadas para os fins a que alude o art. 499 do Código de Processo Penal, tanto os representes do Ministério Público quanto os acusados requereram diligências (fls. 549 e 624 e 625, 740 e 741 e 742 e 855).

Cumpridas as providências (fls. 551, 552 a 621, 626 a 739, 743 a 801, 826 a 844 e 857 a 868), as partes apresentaram, por memoriais e na ordem legal, suas derradeiras alegações (fls. 870 a 943, 986 a 1.077 e 1.082 a 1.131).

Após as alegações finais, os representantes do Ministério Público juntaram o auto circunstanciado de interceptação telefônica (fls. 944 e 945).

Sobreveio, então, a sentença, por meio da qual o Dr. Juiz de Direito julgou procedente a denúncia e condenou cada um dos acusados às penas de 6 (seis) anos de reclusão, para cujos resgates estipulou o regime inicialmente semi-aberto, e 66 (sessenta e seis) dias-multa, no valor unitário equivalente a um quinze avos do salário mínimo vigente à época dos fatos, pelo cometimento do delito definido no art. 158, § 1º, do Código Penal. Ricardo e Gabriel foram também condenados à perda da função pública (fls. 1.134 a 1.199).

Irresignados, os réus apelaram, optando pela apresentação das razões dos respectivos recursos nesta instância.

Em seu arrazoado, Odilo argüiu, preliminarmente, a nulidade das transcrições das interceptações telefônicas e da gravação ambiental, seja por afronta ao devido processo legal, seja pela falta de contraditório. No mérito, pretende a absolvição, ao argumento de que o fato que lhe foi atribuído não constitui delito, bem como por inexistirem provas suficientes para a condenação. Alternativamente, busca o reconhecimento do crime tentado ou a respectiva desclassificação para concussão, e se conclui por pleitear o reconhecimento da atenuante prevista no art. 65, inciso II, alínea *d*, do Código Penal (fls. 1.239 a 1.303).

Gabriel e Ricardo suscitaram, preliminarmente, a nulidade do processo, ante a impossibilidade de o Ministério Público realizar investigações criminais, função que incumbe à polícia judiciária. Ainda, à guisa de prefacial, argüiram a nulidade das transcrições das interceptações telefônicas, pretendendo, no tocante ao mérito, as suas absolvições, ao argumento de que o elenco probatório não autorizaria o veredicto condenatório, uma vez que as gravações não lhes imputam a perpetração de qualquer delito. Ao contrário, esclarecem a conduta criminosa praticada pela vítima Gerri.

Acrescentam, outrossim, que o crime de extorsão descrito na denúncia e no aditamento não se caracterizou, gizando que, na dúvida, se impunha a aplicação do princípio *in dubio pro reo*.

Negam, igualmente, a configuração do concurso de agentes, à míngua de relação entre os policiais e o advogado, salvo a oriunda do desempenho de seus misteres.

Alternativamente, almejam o reconhecimento do crime tentado ou a respectiva desclassificação para concussão, perseguindo, ainda, a redução da pena-base (fls. 1.342 a 1.440).

Com as contra-razões (fls. 1.445 a 1.474), os autos ascenderam a esta Corte.

Instada a pronunciar-se, fê-lo a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer do Dr. Hipólito Luiz Piazza, pelo provimento parcial dos recursos para que sejam invalidadas as interceptações telefônicas, reconhecendo-se o cerceamento de defesa no que concerne às provas anexadas pelos representantes do Ministério Público na fase destinada às diligências complementares, e anula-se, a partir daí, o processo, reputando-se prejudicado o mérito (fls. 1.479 a 1.490).

Voto

As prefaciais não procedem.

No que diz respeito à aventada impossibilidade de o representante do Ministério Público estadual realizar investigações com o intuito de instruir as ações penais cuja instauração incumbem-lhe com exclusividade, inexiste nulidade a proclamar, uma vez que o cânone inscrito no art. 129 da Constituição Federal outorgou-lhe competência privativa para os referidos processos, podendo, no desempenho de seu mister, expedir notificações, requisitar informações e diligências destinadas a investigar, bem assim documentos para instruir os processos criminais, máxime porque o inquérito policial não é peça imprescindível à deflagração da persecução penal.

Ademais, a Lei Complementar n. 75/93, aplicável subsidiariamente ao Ministério Público estadual por força do preceito inscrito no art. 80 da Lei n. 8.625/93, confere, igualmente, aos seus órgãos, no exercício de suas funções, a realização de inspeções e diligências que visem à investigação (art. 8º, inciso V, da Lei Complementar n. 75/93).

Portanto, dispõe o *dominus litis* de competência para promover investigações e diligências, consoante, aliás, assentou a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, *verbis*:

"A questão acerca da possibilidade do Ministério Público desenvolver atividade investigatória objetivando colher elementos de prova que subsidiem a instauração de futura ação penal é tema incontroverso perante esta egrégia Turma. Como se sabe, a Constituição Federal, em seu art. 129, I, atribui, privativamente, ao Ministério Público promover a ação penal pública. Essa atividade depende, para o seu efetivo exercício, da colheita de elementos que demonstrem a certeza da existência do crime e indícios de que o denunciado é o seu autor. Entender-se que a investigação desses fatos é atribuição exclusiva da polícia judiciária, seria incorrer-se em impropriedade já que o titular da ação é o Órgão Ministerial. Cabe, portanto, a esse o exame da necessidade ou não de

novas colheitas de provas, uma vez que, tratando-se o inquérito de peça meramente informativa, pode o MP entendê-la dispensável na medida em que detenha informações suficientes para a propositura da ação penal" (STJ – 5ª Turma, HC n. 25238/GO, rel. Min. Jorge Scartezzini, DJU de 24-5-2004, p. 298. Disponível em <www.stj.gov.br/jurisprudência>, acesso em 13-12-2005).

Saliente-se, outrossim, que o órgão do Ministério Público promoveu a investigação impugnada com autorização judicial, o que lhe imprimiu inquestionável legalidade (fls. 6 e 7, 11 e 12, 16 e 17 e autos de interceptação telefônica apensos).

Em situação similar, proclamou a jurisprudência:

"'Processo penal – *Habeas corpus* – Investigação – Ministério Público – Quebra do sigilo de comunicação – Intervenção judicial – Necessidade – O Ministério Público tem atribuição para requisitar documentos e realizar diligências investigatórias, a teor do que dispõe a LC n. 75/93. Essa atribuição, todavia, não pode alcançar as garantias constitucionais inscritas no art. 5.º, XII, da Constituição Federal/88, relativas à inviolabilidade do sigilo de comunicação, salvo se amparada em imprescritível autorização judicial. *Habeas corpus* concedido. Com efeito, não se discute aqui a possibilidade do *Parquet* instaurar procedimento investigatório próprio, seja antes do inquérito policial ou da própria ação penal. A previsão legislativa se encontra inserta nos arts. 7º, II, e 8º, V, da LC n. 75/93, que rezam: 'Art. 7º Incumbe ao Ministério Público da União, sempre que necessário ao exercício de suas funções institucionais: II – requisitar diligências investigatórias. Art. 8º Para o exercício de suas atribuições, o Ministério Público da União poderá, nos procedimentos de sua competência: V – realizar inspeções e diligências investigatórias'. Sobre a matéria, aliás, o Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do pedido liminar postulado na ADIn n. 1.751-1, por intermédio do voto do eminente Min. Néri da Silveira, deixou assentado: 'É de observar, ademais, que, para promover a ação penal pública, vt. art. 129, I, da Lei Magna da República, pode o Ministério Público proceder às averiguações cabíveis, requisitando informações e documentos para instruir seus procedimentos administrativos preparatórios da ação penal (CF, art. 129, V)...' (TRF 1ª Reg. – 3ª T. – HC n. 1999.01.00.067982-7/MG – Rel. Cândido Ribeiro – RT 779/684)'" (Franco, Alberto Silva; Mañas, Carlos Vico; Choukr, Fauzi Hassan; Betanho, Luiz Carlos; Moraes, Maurício Zanoide de; Feltrin, Sebastião Oscar; Bicudo, Tatiana Viggiani, e Ninno, Wilson. Código de processo penal e sua interpretação jurisprudencial, v. 1, 1. ed., 2. tir., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001. p. 1.794).

As transcrições das interceptações telefônicas e gravação ambiental também não contêm nenhuma mácula, porquanto requerida pelo representante do Ministério Público autorização judicial para efetivá-las, com severa observância tanto dos preceitos constitucionais quanto dos constantes da Lei n. 9.296/96.

Ora, a circunstância das peritas que efetuaram a transcrição das interceptações telefônicas realizadas pelos policiais e da gravação ambiental efetivada pela vítima pertencerem ao quadro funcional do Ministério Público estadual, com lotação no Centro de Apoio Operacional a Investigações Especiais, não invalida a prova, especialmente porque as expertas foram nomeadas pelo Dr. Juiz *a quo* para a respectiva elaboração — autos de interceptação telefônica apensos (fls. 16 e 17) — e inexiste irregularidade, porquanto o ordenamento jurídico não exige que seja realizada por peritos oficiais.

Ademais, os policiais que contribuíram para as interceptações encaminharam o respectivo resultado ao Dr. Juiz *a quo*, acompanhado do auto circunstanciado de que trata o § 2º do art. 6º da Lei n. 9.296/96, a fim de atender, assim, às exigências pertinentes (fls. 29 a 52).

Registre-se que a transcrição das interceptações foi anexada aos autos a pedido do *dominus litis* na fase do art. 499 do Código de Processo Penal (fls. 552 a 621), portanto, antes do prazo estabelecido no parágrafo único do art. 8º da Lei n. 9.296/96, assim, o referido lapso foi dilatado para que os acusados tivessem acesso às transcrições.

Além disso, às alegações finais juntou o representante do Ministério Público unicamente o auto circunstanciado atinente à interceptação telefônica (fls. 944 e 945), e os procuradores dos réus foram intimados para que se manifestassem, os quais pleitearam, então, o que lhes interessava. Porém, nenhuma referência fizeram ao reconhecimento das vozes gravadas nas fitas transcritas (fls. 624 e 625, 740, 741 e 742).

Observe-se que a lei de regência não exige a realização de perícia para o reconhecimento de voz, em que pese o fato de que poderia ter sido postulada a qualquer tempo pelos apelantes, o que inviabiliza, agora, a argüição de invalidade da prova se silenciaram na ocasião própria para impugná-la.

Com efeito, "o § 2º do art. 6º exige que, após o cumprimento da diligência interceptatória, a autoridade policial encaminhe o resultado ao juiz, acompanhado de auto circunstanciado, contendo o resumo das operações realizadas. Isto se torna necessário, à evidência, para que se possa aferir se os meios declinados quando do pedido foram, de fato, utilizados e se não houve extrapola-

ção por parte da autoridade executora. Lembra Parizatto, a propósito desse tema, que 'não há dúvida de que, apresentada a transcrição da prova obtida pela interceptação de comunicação telefônica, o réu contra ela poderá se insurgir, requerendo, sendo o caso, a realização de perícia, caso conteste a autenticidade da voz a si atribuída, discutindo, ainda, não a possibilidade de tal meio de prova, eis que legalmente admitido pela Lei n. 9.296, mas sim a responsabilidade penal que se lhe quis atribuir com tal prova. É o exercício da ampla defesa, com os recursos a ela inerentes, previstos na Carta Magna (art. 5º, LV), para quem aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes'" (Streck, Lenio Luiz, As interceptações telefônicas e os Direitos Fundamentais: Constituição, Cidadania, Violência: a Lei n. 9.296/96 e seus reflexos penais e processuais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 79 e 80).

Gize-se, finalmente, que os réus, em momento algum negaram a autenticidade de suas vozes, avultando de todo o processado que tiveram todas as garantias e oportunidades de defesa e inexiste, por isso, nulidades a declarar.

Em face disso, impõe-se a rejeição das prefaciais.

No mérito, revelam-se inadmissíveis as pretensões absolutórias, visto que comprovadas, de sobejo, tanto a materialidade quanto a autoria do crime de extorsão imputada aos acusados na denúncia e no respectivo aditamento, emergindo a primeira do relatório de investigação elaborado pela autoridade policial (fls. 29 a 52) e do termo de exibição e apreensão (fl. 52 do inquérito policial apenso), ao passo que a segunda aflora das declarações da vítima (fls. 53 a 55, 57 e 376 a 379) e dos policiais que efetuaram as interceptações (fls. 369 a 371 e 373 a 375).

É inquestionável o valor probatório das declarações da vítima de crime contra o patrimônio quando corroboradas por outros elementos que formam o caderno processual, o que constitui-se em importante elemento de convicção.

No caso concreto, a vítima procurou o Dr. Promotor de Justiça de São Miguel do Oeste e relatou que os apelantes a estavam extorquindo, com o intuito de "livrar tanto a sua barra quanto a de seus irmãos", o que significaria não dar cumprimento ao mandado de prisão expedido contra Elói e não lhe imputar delito algum, a fim de exigir-lhe dinheiro. A princípio, cerca de R$ 500,00 (quinhentos reais) a R$ 1.000,00 (mil reais) por mês, quantia posteriormente alterada para R$ 15.000,00 (quinze mil reais), que poderia ser parcelada ou

paga por meio de bens (fls. 53 a 55). Após negociarem, ficou estipulado o valor de R$ 12.000,00 (doze mil reais), montante do qual a metade seria paga em espécie, além de um automóvel pertencente a Gerri.

Secundam a versão fornecida pela vítima os depoimentos dos policiais que realizaram as interceptações, os quais descreveram a intimidade existente entre os coréus, bem assim a intimidação que a ameaça exercia sobre Gerri (fls. 29 a 52, 369 a 371 e 373 a 375).

Entretanto, essa intimidação não foi suficiente para que a vítima sucumbisse às ameaças, tendo, ao revés, procurado o órgão do Ministério Público em São Miguel do Oeste, que, com a polícia, empenhou-se na investigação dos fatos, tanto que a própria vítima recebeu do delegado um gravador com o intuito de registrar as conversas com seus algozes, impondo-se o reconhecimento da tentativa de extorsão.

Com efeito, à consumação do delito não é necessária a obtenção da vantagem pelos agentes, o que torna indispensável, contudo, que a vítima quede às suas ordens, "fazendo, tolerando que se faça ou deixando de fazer alguma coisa" em razão delas.

Portanto, o delito só se aperfeiçoa com o perfazimento da conduta positiva ou negativa da vítima naquele sentido, em obediência à determinação ou à recomendação dos criminosos.

Se, no entanto, como no caso concreto, a vítima, embora temerosa diante das ameaças, não se conduziu conforme as ordens recebidas, acionando, ao contrário, o representante do Ministério Público e a polícia, o delito não se consumou, à míngua de um dos elementos que o integram.

Dissertando acerca do ilícito, Nélson Hungria registra que, "apesar de se tratar de crime formal, a extorsão admite tentativa, pois não se perfaz *unico actu*, apresentando-se um *iter* a ser percorrido. Assim, tôda vez que deixa de ocorrer a pretendida ação, tolerância ou omissão da vítima, não obstante a idoneidade do meio de coação, ou, no caso de extorsão mediante seqüestro, deixa êste, já em execução, de se ultimar (por circunstância alheia à vontade do agente), não se pode reconhecer senão a tentativa. Há que se identificar a tentativa punível ainda no caso, não muito infreqüente, em que a vítima, vencendo o temor incutido, comunica a ameaça à polícia, e esta predispõe as coisas de modo a surpreender o extorsionário no ato de se apoderar da coisa fingidamente consignada ou quando se apresenta no lugar indicado para recebê-la" (Comentários ao código penal. v. VII, 3. ed. rev. e atual., Rio de Janeiro: Forense, 1967. p. 77).

Guilherme de Souza Nucci, por seu turno, após expressar o entendimento segundo o qual a extorsão é crime formal "não exige o resultado naturalístico consistente na redução do patrimônio da vítima", sublinha que "ainda há alguns aspectos a considerar no tocante ao momento consumativo. Ocorre que há, fundamentalmente, três estágios para o cometimento da extorsão: 1º) o agente constrange a vítima, valendo-se de violência ou grave ameaça; 2º) a vítima age, por conta disso, fazendo, tolerando que se faça ou deixando de fazer alguma coisa; 3º) o agente obtém a vantagem econômica almejada. Este último estágio é apenas configurador do seu objetivo ('com o intuito de...'), não sendo necessário estar presente para concretizar a extorsão. Entretanto, o simples constrangimento, sem que a vítima atue, não passa de uma tentativa. Para a consumação, portanto, cremos mais indicado atingir o segundo estágio, isto é, quando a vítima cede ao constrangimento imposto e faz ou deixa de fazer algo" (Código penal comentado. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000. p. 451).

Perfilham a mesma orientação Julio Fabbrini Mirabete (Código penal interpretado, 2. ed., São Paulo, Atlas, 2001. p. 1.173), Fernando Capez (Curso de direito penal: parte especial, v. 2, São Paulo: Saraiva, 2003. p. 403 e 404), Heleno Cláudio Fragoso (Lições de direito penal: parte especial, v. 1, 11. ed. rev. e atual. por Fernando Fragoso, Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 217) e Damásio E. de Jesus (Código penal anotado, 5. ed. ampl. e atual., São Paulo: Saraiva, 1995. p. 512 e 513).

O Ministro Sepúlveda Pertence, no voto proferido na RVC n. 4.886-0–SP, esmiuçou com precisão o detalhe nestes termos:

"Estou em que a extorsão realmente não se consumou à falta do resultado típico: não houve a ação da vítima, idônea à realização do dano material visado pelo agente e que, por isso, consubstanciasse perigo concreto. Não se integra o tipo com a mera simulação de que a vítima se submetia à extorsão, quando, na verdade, já se garantira, pela predisposição da operação policial, que o locupletamento do agente se impossibilitaria.

"*Omissis*.

"Na espécie, ao contrário, a vítima, antes de simplesmente figurar ceder à ameaça, pôde assegurar-se de que o dano jamais ocorreria" (disponível em <www.stf.gov.br/jurisprudência/inteior teor de acórdãos>, acesso em 13-12-2005).

Em caso assemelhado, proclamou a jurisprudência:

"'A figura da tentativa ocorre quando o sujeito passivo, não obstante constrangimento pelo autor

por intermédio da violência física ou moral, não pratica a conduta positiva ou negativa pretendida' (TACrimSP – AC – Rel. Canguçu de Almeida – JUTACrim 85/539)" (Franco, Alberto Silva; Júnior, José Silva; Betanho, Luiz Carlos; Stoco, Rui; Feltrin, Sebastião Oscar; Guastini, Vicente Celso da Rocha; Ninno, Wilson. Código penal e sua interpretação jurisprudencial, v. 2, parte especial. 7. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001. p. 2.679).

No mesmo sentido, decidiu esta Corte a Ap. Crim. n. 2004.000713-2, de Coronel Freitas, de que foi relator o eminente Des. Subst. José Carlos Carstens Köhler.

No tocante à exclusão da causa especial de aumento de pena prevista no § 1º do art. 158 do Código Penal, a insurreição, igualmente, não procede, em face da farta prova da participação de todos os co-réus na execução do delito de extorsão.

De acordo com os elementos de convicção constantes dos autos, tanto Odilo quanto Gabriel e Ricardo constrangeram, diretamente, a vítima mediante grave ameaça, visando à obtenção de vantagem econômica, para si ou para outrem, evidenciando-se dos telefonemas o envolvimento direto de todos nas negociações, visto que faziam menção uns aos outros, demonstrando, sem nenhuma sombra de dúvida, a co-autoria.

A almejada desclassificação para o crime de concussão não pode, igualmente, ser acolhida.

Preceitua o art. 316, *caput*, do Código Penal, verbis:

"Exigir, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida".

Decerto que "a concussão possui afinidades com o crime de extorsão, pois ela também nada mais é que uma forma de constrangimento ilegal em que o agente exige indevida vantagem e a vítima cede, mas não pelo emprego de qualquer violência ou grave ameaça contra ela, como sucede na extorsão, mas sim pelo *metus publicae potestatis*" — di-lo Fernando Capez (Curso de direito penal. v. 3, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2005. p. 424). Logo, para que se caracterize a concussão, não pode haver o emprego de grave ameaça ou de mal injusto por parte do agente. A vítima apenas cede em virtude de ser tomada pelo medo, ante a exigência que se lhe faz, diversamente do que ocorreu no caso concreto, em que ficou demonstrado o emprego de grave ameaça pelos recorrentes.

Nesse rumo, colhe-se da jurisprudência:

"'No delito de concussão, o sujeito ativo, necessariamente funcionário público (eis que se trata de

crime contra a Administração Pública, regulado no título XI do CP), exige da vítima, em razão da função pública a vantagem indevida, mas não a constrange com violência ou grave ameaça. Aquela cede à exigência exclusivamente *metus publicae potestatis*, não premida por promessa de violência ou de algum mal futuro. Já na extorsão, bem ao contrário, o agente constrange alguém, mediante violência ou grave ameaça, a fazer, tolerar que se faça ou deixar de fazer alguma coisa, obtendo também, por esse meio, indevida vantagem econômica' (TACrimSP – AC – Rel. Clineu Ferreira – RT 627/311)" (Franco, Alberto Silva; Silva Júnior, José; Betanho, Luiz Carlos; Stoco, Rui; Feltrin, Sebastião Oscar; Guastini, Vicente Celso da Rocha, e Ninno, Wilson. Código penal e sua interpretação jurisprudencial, v. 2: parte especial. 7. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 3.859).

Inviabiliza-se, também, a postulada redução da pena-base infligida a Gabriel e Ricardo, em virtude de ter sido quantificada criteriosamente, com observância das operadoras contempladas no art. 59 do Código Penal, e atentou o Dr. Juiz *a quo* para a personalidade, as conseqüências e as circunstâncias do crime, que não os favorecem.

Consoante assentou esta Corte, "'se o conjunto dos elementos do art. 59 do CP não favorece ao réu, em nenhum exagero incide o Magistrado ao fixar a pena-base um pouco acima do mínimo legal' (TJSC – Ap. Crim. 1997.011348-0 – Rel. Des. Alberto Costa – j. 15-12-97)" (Prado, Luiz Régis e Bitencourt, Cezar Roberto, Código Penal Anotado e Legislação Complementar, 2ª ed., rev. e atual., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999. p. 229).

Afigura-se igualmente inadmissível a atenuação da pena imposta a Odilo como corolário do reconhecimento da circunstância descrita no art. 65, III, alínea *d*, do Código Penal, uma vez que negou com veemência a autoria da extorsão, afirmando que as negociações que manteve com a vítima referiam-se a ajuste relacionado a honorários advocatícios a que teria direito, por haver promovido a defesa de seus familiares.

Enfatize-se que o Magistrado salientou na sentença que Odilo confessou unicamente ter intermediado o contato entre a vítima e os demais co-partícipes, sem confessar o cometimento do delito de extorsão, motivo pelo qual não há ensejo ao reconhecimento da aludida atenuante.

Por derradeiro, ante o reconhecimento da tentativa, procede-se à nova dosimetria da pena.

A partir da análise do *iter criminis* percorrido pelos réus, constata-se que só não alcançaram o seu intento

porque a vítima informou o ocorrido ao representante do Ministério Público e à polícia, portanto, a redução decorrente da respectiva recognição deve corresponder à fração mínima.

Diante disso, mantêm-se inalteradas as sanções corporais até a terceira fase, na qual todas as reprimendas são reduzidas em um terço, o que totaliza 4 (quatro) anos de reclusão e 44 (quarenta e quatro) dias-multas, e conserva-se, quanto ao mais, o veredicto.

Em decorrência da redução da pena imposta a Gabriel e Ricardo, o sustentáculo legal que conduz à declaração da perda do cargo público passa a ser, sem alteração da fundamentação deduzida na sentença, a alínea *a* do inciso I do art. 92 do Código Penal.

Ante o exposto, deu-se parcial provimento aos recursos apenas para reconhecer a tentativa. Vencido o Relator unicamente na parte concernente à devolução dos autos à douta Procuradoria-Geral de Justiça para que essa se pronunciasse sobre o mérito.

Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Irineu João da Silva e Torres Marques. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Hipólito Luiz Piazza.

Florianópolis, 13 de dezembro de 2005.

Sérgio Paladino,
Presidente e Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 2006.011410-1, DE SÃO MIGUEL DO OESTE

Relator: Des. Sérgio Paladino

Processual penal. Documentos juntados na oportunidade da apresentação das contra-razões. Possibilidade ex vi *do art. 231 do Código de Processo Penal.*

"'As partes poderão em qualquer fase do processo apresentar documentos. Assim dispõe o art. 231 do CPP, que obedece ao objetivo de apuração da verdade que o processo tem. São os documentos meios de prova e, conseqüentemente, cuida a lei que esta não fique prejudicada por prazos e atos próprios para sua apresentação' (TJSP

– HC n. 14.761-3 – 4ª C – rel. Dirceu de Mello – j. 7-6-82 – RT 565/283)" (Franco, Alberto Silva; Mañas, Carlos Vico; Choukr, Fauzi Hassan; Betanho, Luiz Carlos; Moraes, Maurício Zanoide de; Feltrin, Sebastião Oscar; Bicudo, Tatiana Viggiani, e Ninno, Wilson. Código de processo penal e sua interpretação jurisprudencial, v. 2, 1. ed., 2. tir., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001. p. 1.872).

Apelação criminal. Sentença. Argüição de nulidade estribada na particularidade de se haver baseado exclusivamente na prova indiciária, o que violaria o princípio do contraditório. Decisão alicerçada nas declarações extrajudiciais da vítima, bem assim nos demais elementos de convicção que formam o conjunto probatório. Eiva inexistente.

No processo penal sempre predominou o sistema da livre investigação das provas, que autoriza o juiz a averiguar e descobrir a verdade real, ou material, com vistas a fundamentar a sentença. Contudo, a liberdade de que dispõe, no que concerne à apreciação e à avaliação das provas existentes nos autos, obrigam-no a motivar o seu convencimento, atentando para a res in judicium deducta.

A circunstância do veredicto haver-se alicerçado em elemento de persuasão angariado no inquérito, mas que encontra suporte na prova amealhada na fase judicial, não acarreta a respectiva nulidade.

Casa de prostituição. Absolvição. Habitualidade comprovada. Sindicância prévia. Prescindibilidade. Prova testemunhal forte e coerente. Pretensão repelida.

"Pratica o crime quem mantém, sustenta, conserva, provê a casa de prostituição ou o local destinado a encontros libidinosos. [...] Não mais se exige para a demonstração da habitualidade sindicância prévia, podendo ela ser

demonstrada pela autuação em flagrante ou por qualquer elemento probatório, inclusive depoimentos de testemunhas" (Mirabete, Júlio Fabbrini, Código penal interpretado. 2. ed. atual., São Paulo: Atlas, 2001. p. 1.559).

Submissão de adolescente à prostituição. Art. 244-A, §§ 1º e 2º, da Lei n. 8.069/90. Autoria e materialidade demonstradas. Absolvição. Inviabilidade. Recurso desprovido.

Aquele que mantém em prostíbulo menor de idade, permite-lhe que por ele circule e faça companhia a fregueses com o intuito de induzi-los ao consumo de bebidas, com isso auferindo lucro, comete o delito de exploração sexual de adolescente, definido no art. 244-A do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 2006.011410-1, da comarca de São Miguel do Oeste (2ª Vara), em que são apelantes Ivo Bento Rodrigues e Cleunice Aparecida Teixeira, e apelada a Justiça, por seu Promotor:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por unanimidade, negar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

Relatório

Na comarca de São Miguel do Oeste, o representante do Ministério Público ofereceu denúncia contra Ivo Bento Rodrigues e Cleunice Aparecida Teixeira, dando-os como incursos nas sanções do art. 244-A, §§ 1º e 2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, e do art. 229 do Código Penal, ambos combinados com o art. 69 do estatuto repressivo, narrando assim os fatos, *ipsis verbis*:

"Consta do Auto de Prisão em Flagrante anexo, que na data de 4 de fevereiro de 2004, por volta das 16h10min, Conselheiras Tutelares desta cidade, acompanhadas de um Policial Militar, dirigiram-se até o bar localizado na Rua Elizabete, próximo ao Fórum desta Comarca, o qual pertencia aos denunciados, tendo em vista o recebimento de denúncia anônima

dando conta que no mencionado estabelecimento havia uma adolescente realizando 'programas sexuais'.

"Ao chegarem no local, as Conselheiras Tutelares e o Policial Militar encontraram algumas mulheres que afirmaram que o lugar destinava-se a encontros sexuais e, dentre estas, encontrava-se a adolescente D. de O. T., de apenas 16 anos de idade (documento anexo), a qual informou que também realizava 'programas sexuais' com freqüentadores do estabelecimento, mediante o pagamento de R$ 35,00 (trinta e cinco reais), dos quais R$ 15,00 (quinze reais) eram repassados aos denunciados.

"Nota-se deste modo, que a adolescente D. de O. T., bem como as demais mulheres que encontravam-se naquele local, trabalhavam como 'garotas de programa', onde mantinham relações sexuais com os freqüentadores do local que assim o desejassem, possuindo, para tanto, acesso livre a um cômodo existente no interior do estabelecimento destinado à consumação da prática sexual.

"Observa-se também, que D. de O. T. chegou nesta cidade na data de 31-1-04, proveniente do município de Palmeira das Missões/RS, quando, após orientação de um desconhecido, dirigiu-se até a casa de prostituição mantida pelos denunciados, onde efetivou tratativas com os mesmos para o fim de realizar 'programas' naquele local. Na mesma ocasião, a adolescente foi orientada por Cleunice Aparecida Teixeira, para que, se eventualmente o Conselho Tutelar se fizesse presente no estabelecimento de sua propriedade, era para D. apresentar-se como sendo outra pessoa, maior de idade, cujos documentos lhe estavam sendo apresentados e, que posteriormente acabaram apreendidos pela Autoridade Policial (fls. 14 e 15).

"Conclui-se assim, que os denunciados mantinham casa de prostituição e, não obstante terem conhecimento da idade da adolescente D. de O. T., submeteram a mesma à exploração sexual e a prostituição, com o intuito de obterem lucro, beneficiando-se de parte do valor cobrado pela realização do 'programa sexual'" (fls. 3 e 4).

Homologado o auto de prisão em flagrante (fl. 27 verso), recebida a denúncia (fl. 29), citados (fl. 33), os réus foram interrogados (fls. 34 a 36 e 37 e 38) e apresentaram defesa prévia, na qual pleitearam a produção de prova oral (fls. 40 e 41 e 42 e 43).

Inquiridas três testemunhas arroladas por ambas as partes (fls. 51 a 54), essas desistiram quanto às remanescentes (fl. 65).

Na fase a que alude o art. 499 do Código de Processo Penal, o Dr. Promotor de Justiça postulou a atualização dos antecedentes dos

acusados (fl. 65 verso), ao passo que esses nada requereram (fl. 68).

Ofertadas as derradeiras alegações, por memoriais e na ordem legal (fls. 70 a 74 e 80 a 84), o Dr. Juiz de Direito proferiu a sentença, por intermédio da qual julgou procedente a denúncia e, como corolário, condenou Ivo e Cleunice às penas de 6 (seis) anos de reclusão, para cujo resgate estipulou o regime inicial semi-aberto, e 20 (vinte) dias-multa, no valor unitário de um trigésimo do salário mínimo vigente à época do evento, pelo cometimento do delito definido no art. 244–A, §§ 1º e 2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, e no art. 229 do Código Penal, ambos combinados com o art. 69 também do estatuto repressivo (fls. 87 a 102).

Inconformados, os réus apelaram argüindo, preliminarmente, a nulidade da sentença em razão de haver afrontado o princípio do contraditório, visto que se fundou exclusivamente na prova produzida no inquérito.

No mérito, pretendem a absolvição sustentando, no tocante à conduta incriminada no art. 229 do Código Penal — casa de prostituição —, que as provas coligidas são frágeis para amparar a condenação, e faz-se mister, para a caracterização do delito, a comprovação da habitualidade, ausente no caso concreto. Relativamente à exploração sexual de adolescente (art. 244–A, §§ 1º e 2º, da Lei n. 8.069/90), alegam que acolheram a menor, dela cuidaram, mas não a induziram ao comércio sexual, em conformidade com as declarações prestadas pela própria infante, que era a única pessoa capaz de elucidar os fatos narrados na denúncia, conquanto não tenha sido ouvida em Juízo.

Alternativamente, almejam a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos na hipótese de virem a ser absolvidos por um dos crimes (fls. 106 a 111).

Como as contra-razões (fls. 116 a 122) vieram acompanhadas de documentos (fls. 123 a 166), os réus foram intimados para sobre eles se pronunciarem (fls. 168 e 169), e os autos ascenderam, na seqüência, a esta Corte.

Instada a manifestar-se, fê-lo a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer subscrito pelo Dr. Demétrio Constantino Serratine, pelo desprovimento do recurso (fls. 174 a 177).

Voto

Primeiramente, registre-se que a juntada de documentos na oportunidade da apresentação das contra-razões pelo representante do Ministério Público não encontra óbice no ordenamento jurídico, *ex vi* do art. 231 do Código de Processo Penal, e

inexiste, em face disso, ensejo a que se os desentranhe. Com efeito, além de não haverem influído no veredicto, tiveram os réus oportunidade de a respeito manifestar-se e infirmá-los com a juntada de outros, assegurando-se-lhes, como corolário, a mais ampla defesa. Além disso, o desencarte implicaria no retardamento da marcha processual, pois demandaria a repaginação do processo e a emissão de certidões, dentre outras formalidades, que só contrariariam os interesses da própria Justiça.

A jurisprudência firmou orientação segundo a qual "'as partes poderão em qualquer fase do processo apresentar documentos. Assim dispõe o art. 231 do CPP, que obedece ao objetivo de apuração da verdade que o processo tem. São os documentos meios de prova e, conseqüentemente, cuida a lei que esta não fique prejudicada por prazos e atos próprios para sua apresentação' (TJSP – HC n. 14.761-3 – 4ª C – rel. Dirceu de Mello – j. 7-6-82 – RT 565/283)" (Franco, Alberto Silva; Mañas, Carlos Vico; Choukr, Fauzi Hassan; Betanho, Luiz Carlos; Moraes, Maurício Zanoide de; Feltrin, Sebastião Oscar; Bicudo, Tatiana Viggiani, e Ninno, Wilson, Código de Processo Penal e sua interpretação jurisprudencial, v. 2, 1. ed., 2. tir., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001. p. 1.872).

Por outro lado, a sentença não padece do vício que lhe assacam os apelantes, pois, diversamente do que alegam, não se estribou apenas nas declarações extrajudiciais da vítima.

No processo penal, sempre predominou o sistema da livre investigação das provas, que autoriza o juiz a averiguar e a descobrir a verdade real ou material, com vistas a fundamentar a sentença. Contudo, a liberdade de que dispõe, no que concerne à apreciação e à avaliação das provas existentes nos autos, obrigam-no a motivar o seu convencimento, atentando para a *res in judicium deducta*.

E a circunstância do veredicto haver-se alicerçado em elemento de persuasão angariado no inquérito, mas que encontra suporte na prova amealhada na fase judicial, não acarreta a respectiva nulidade. O que ocasiona a nulidade do provimento judicial é a ausência de fundamentação de que não se ressente o proferido nestes autos, pois o Magistrado apontou as razões de seu convencimento, pronunciando-se sobre a materialidade e a autoria da infração penal e indicando os motivos de fato e de direito em que fundou a sua conclusão, e atentou, por conseguinte, para a exigência da motivação, requisito cuja ausência ensejaria a sua invalidez.

A lei quer é que o juiz, ao realizar as operações do pensamento que compreendem as etapas em que se desdobra o juízo lógico, "premissa

maior do silogismo final, do qual extrairá a decisão" — consoante Moacyr Amaral Santos (Comentários ao Código de Processo Civil, v. IV, Rio de Janeiro: Forense, 1989. p. 406) —, exteriorize seu raciocínio, declinando as razões que o levaram a concluir dessa ou daquela maneira, a fim de permitir às partes a apreciação crítica dos motivos em que lastreou o *veredicto*.

E, como assim procedeu, atentando para o cânone inscrito no inciso IX do art. 93 da Constituição Federal, bem assim para o art. 381 do Código de Processo Penal, não há nulidade a proclamar.

No mérito, revela-se inadmissível a absolvição relativa a qualquer dos crimes pelos quais foram denunciados, uma vez que comprovadas, à saciedade, tanto a materialidade quanto a autoria, que emergem do auto de prisão em flagrante (fls. 7 a 25), do boletim de ocorrência (fl. 22), do termo de apreensão (fl. 19), das declarações da vítima (fls. 12 e 13) e das testemunhas (fls. 8 a 12 e 51 a 54).

O exame dos autos desvela que, à época em que sucederam os fatos, os réus, por conta própria, mantinham um bar, que também se destinava a encontros para fins libidinosos, o que caracteriza, assim, de maneira incontroversa, o crime capitulado no art. 229 do estatuto repressivo.

Apesar de insistirem em negar que seu estabelecimento é, na verdade, um prostíbulo, a minuciosa e detalhada narrativa feita pela vítima na fase extrajudicial dando conta de que os proprietários com ela pactuaram o rateio dos lucros auferidos com as bebidas que lograsse comercializar, e com os "programas" que viesse a fazer, para cuja realização havia na cozinha um sofá-cama — confirma as condutas delituosas.

A narrativa encontra respaldo nos depoimentos prestados pelas Conselheiras Tutelares que atenderam à ocorrência, ouvidas nas duas fases do procedimento (fls. 9 a 11, 51, 52 e 54), dentre os quais Maria Roselaine informa a existência de um sofá-cama, o que configura que esse se destinava à prática de atos libidinosos.

Acerca da valoração que se deve emprestar à prova angariada no inquérito policial, assentou a jurisprudência, *verbis*:

"'Havendo algum suporte probante na fase judicial, a prova colhida no inquérito policial pode ser convocada para fundamentar a decisão condenatória' (TJSP – AP n. 48.091-3 – rel. Silva Leme – RT 621/290)" (Franco, Alberto Silva; Mañas, Carlos Vico; Cintra Júnior, Dyrceu Aguiar Dias; Choukr, Fauzi Hassan; Silva Júnior, José; Betanho, Luiz Carlos; Lauria Filho, Márcio; Podval, Maria Fernanda

de Toledo R.; Moraes, Maurício Zanoide de; Podval, Roberto; Stoco, Rui; Feltrin, Sebastião Oscar; Martins, Sérgio Mazina; Bicudo, Tatiana Viggiani, e Ninno, Wilson, Código de Processo Penal e sua interpretação jurisprudencial. v. 2, 1. ed., 2. tir., São Paulo: Ed. Revista jurisprudencial, 2001. p. 1.709).

De outro vértice, a sindicância prévia, para comprovar a habitualidade no que pertine à conduta incriminada, é totalmente prescindível, pois os elementos de convicção angariados demonstram que o estabelecimento abrigava casa de prostituição, que voltava-se exclusivamente ao comércio sexual.

Dissertando a respeito da particularidade e da conduta delituosa em exame, sublinha Julio Fabbrini Mirabete:

"Pratica o crime quem mantém, sustenta, conserva, provê a casa de prostituição ou o local destinado a encontros libidinosos. [...] Não mais se exige para a demonstração da habitualidade sindicância prévia, podendo ela ser demonstrada pela autuação em flagrante ou por qualquer elemento probatório, inclusive depoimentos de testemunhas" (Código Penal Interpretado, 2. ed. atual. São Paulo: Atlas, 2001. p. 1.559).

A jurisprudência, por seu turno, assentou:

"Tratando-se de crime relacionado com a manutenção de casa de prostituição, uma vez comprovada através de testemunhas a regularidade de funcionamento do local, fica óbvia a reiteração, estando preenchido o requisito da habitualidade necessária à configuração do delito" (Ap. Crim. n. 31.186, de Canoinhas, rel. Des. José Roberge).

Diante disso, mostra-se irretocável a condenação dos apelantes pelo delito tipificado no art. 229 do Código Penal.

Também o crime de exploração sexual está sobejamente provado, sendo inequívocas tanto a materialidade quanto à autoria.

Aflora dos autos que o bar pertencente aos réus voltava-se a promover encontros libidinosos, tendo sido encontrada em seu interior, por ocasião do flagrante, a menor D., cuja narrativa patenteou que foi induzida a se prostituir, detalhe cuja revelação a apelante Cleunice procurou a todo custo evitar, intervindo na conversa que as Conselheiras Tutelares mantiveram com a menor, na qual procurou fazer crer que ela contava vinte e cinco anos, consoante apresentação de certidão de nascimento e título de eleitor que continham o seu nome.

Ora, a apresentação de documentos pertencentes a terceiro demonstra que os apelantes tinham conhecimento de que a vítima era me-

nor, mas, apesar disso, mantinham-na no recinto com fins ilícitos. Senão por que esconderiam sua verdadeira identidade? A resposta parece óbvia.

Em caso similar, assentou esta Câmara:

"Exploração sexual de menor -- Pedido de absolvição -- Impossibilidade -- Comprovação de que a ré é a proprietária do estabelecimento em que a infante realizava programas e era explorada sexualmente -- Palavra da menor aliada aos depoimentos dos policiais e dos conselheiros tutelares.

Omissis.

Recurso desprovido" (Ap. Crim. n. 2005.015564-7, de Criciúma, rel. Des. Torres Marques).

Voto

Portanto, revela-se incontroversa a responsabilidade dos apelantes pela prostituição de menor.

Ante o exposto, negou-se provimento ao recurso.

Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Irineu João da Silva e Torres Marques. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Demétrio Constantino Serratine.

Florianópolis, 16 de maio de 2006.

Sérgio Paladino,
Presidente e Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 2006.006235-2, DA CAPITAL

Relator: Des. Irineu João da Silva

Crime militar – Concussão (art. 305 do CPM) – Continuidade delitiva – Exigência de dinheiro de proprietários de veículos portadores de irregularidades, em troca de liberação, sem que fosse lavrado auto de infração – Delito configurado – Recurso não provido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 2006.006235-2, da comarca da Capital (Auditoria Militar), em que é apelante Luciano dos Santos e apelada a Justiça Pública, por seu Promotor:

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

Custas na forma da lei.

Relatório

Na comarca da Capital (Auditoria Militar), o representante do Ministério Público denunciou Luciano dos Santos e Jorge Valmir Cordeiro como incursos nas sanções do art. 308, § 1º, c/c o art. 79 do Código Penal Militar, porque:

"No dia 14 de outubro de 2001, por volta das 14h, Juarez da Silva dirigia-se para sua residência, conduzindo seu veículo, quando foi abordado pelos denunciados.

"Inicialmente, Luciano dos Santos exigiu a documentação do veículo, ao que o condutor respondeu que se encontrava no despachante. Em seguida, passou a arrolar uma série de irregularidades no automóvel, como rebaixamento e rompimento do lacre, tendo, então, simulado contato com a empresa de guincho, dizendo que o veículo seria guinchado e a situação do condutor ficaria 'muito difícil'.

"Depois de exercer forte pressão sobre a vítima, o denunciado Luciano chamou-a junto ao veículo e falou que poderia liberá-lo, 'mas ele teria que pagar um café para eles', sendo que não era 'um café simples não, e, sim, um café com torta'. Vencida a resistência da vítima, pessoa de poucos recursos e que necessitava do veículo para o seu trabalho, por ordem de Luciano, entregou a importância de R$ 50,00 (cinqüenta reais) para o denunciado Jorge Valmir, para posterior divisão com Luciano.

"Infere-se, outrossim, do procedimento investigatório, que, no final do mês de junho de 2001, o denunciado Luciano dos Santos abordou o Sr. Santino do Amaral, solicitando a documentação do veículo com o qual transitava. Após analisá-la, Luciano afirmou que havia várias irregularidades e 'teria que prendê-lo', além de guinchar o automotor.

"Em seguida, o denunciado simulou contato com a empresa de guincho, tendo a vítima suplicado para que não o fizesse, pois, em seu veículo, estavam várias ferramentas necessárias ao seu trabalho e que, no dia seguinte, a documentação seria regularizada.

"Percebendo o desespero da vítima, Luciano disse que já havia chamado o guincho, mas que poderia suspendê-lo se ele pagasse R$ 32,00 (trinta e dois reais). A vítima declarou que não possuía dinheiro, momento em que o denunciado disse que era para ela 'se virar'. .

"Depois de tomar emprestada a quantia solicitada, entregou-a ao

denunciado Luciano, sendo liberado sem que fosse lavrado o auto de infração.

"Restou, também, apurado, que, em meados de 2000, Luciano abordou o Sr. Edson Luiz Veiga, que conduzia um veículo Variant, solicitando a documentação de porte obrigatório.

"Após constatar irregularidades, Luciano, mais uma vez, simulou uma ligação para a empresa de guincho, dizendo que o veículo seria removido, mas 'poderia dar uma mão' ao ofendido se ele lhe pagasse R$ 30,00 (trinta reais) relativo ao serviço de guincho.

"Então, Edson informou que não possuía aquele valor, mas poderia pagar outro dia, ficando convencionado que o soldado poderia passar em sua casa para efetuar a cobrança, oportunidade em que teve seu veículo liberado, sem que fosse lavrado o auto de infração.

"Posteriormente, o denunciado compareceu várias vezes na residência do ofendido, tentando cobrar a quantia, mas não obteve êxito" (fls. 2 e 3).

O processo seguiu seus trâmites legais e, ao final, o Conselho Permanente de Justiça julgou a denúncia parcialmente procedente para condenar Luciano dos Santos ao cumprimento da pena de 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão pela prática do disposto no art. 305 do Código Penal Militar, em continuidade delitiva, aplicando o art. 383 do CPP. Não houve recurso da acusação.

Inconformado, apelou, requerendo a absolvição pela falta de provas quanto à conduta a ele imputada. Alternativamente, requereu a desclassificação para o delito do art. 319 do Código Penal Militar e a redução da pena ao mínimo legal.

Com as contra-razões do Ministério Público, os autos ascenderam a esta Corte, e a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Demétrio Constantino Serratine, opinou pelo conhecimento e não provimento do recurso.

Voto

1 O recurso não merece provimento, pois as provas colacionadas aos autos evidenciam a responsabilidade do apelante pela prática do delito descrito no art. 305 do CPM:

"Exigir, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumila, mas em razão dela, vantagem indevida".

A conduta ilícita praticada pelo acusado ficou comprovada de forma clara e contundente.

A vítima Edson Luiz Veiga

disse que estava conduzindo seu veículo na direção do centro da Cidade, por volta da 1h30min, quando foi abordada pelos policiais Luciano e Jorge Valmir, os quais disseram que iriam apreender seu automóvel por causa de uma irregularidade, momento em que pediu para não fazerem isso, porque era seu instrumento de trabalho. Então, um deles disse que já havia chamado o guincho e só poderia cancelar se ele pagasse a quantia de R$ 30,00 (trinta reais) para liberar o carro, sendo que a vítima respondeu que não tinha dinheiro no momento, mas pagaria outro dia, fornecendo-lhes seu endereço para que fizessem a cobrança. Depois disso, passaram em frente a sua casa várias vezes, mas não conseguiram encontrá-la (fl. 169).

Da mesma forma, o ofendido Santino do Amaral contou que, no final do mês de junho de 2001, havia estacionado seu veículo em uma rua no Bairro Itoupava Norte, na cidade de Blumenau, quando foi abordado pelo apelante, o qual verificou os documentos do carro e constatou que o IPVA estava atrasado. Então Luciano falou para a vítima que já havia chamado o guincho para levar o automóvel, mas que poderia liberá-lo se pagasse R$ 32,00 (trinta e dois reais), porém Santino respondeu que não tinha. Na continuidade, inventou outras irregularidades para forçá-lo a arranjar o dinheiro, oportunidade em que, desesperado, pediu emprestado a terceira pessoa, conhecida como Nerci, e entregou a quantia ao recorrente. Revelou, ainda, que o policial Jorge Valmir Cordeiro assistiu a tudo sem "chamar a atenção do réu" (fl. 157v.).

A testemunha Nerci Madalena Teodorico Taia corroborou as acusações do ofendido Santino, acrescentando que emprestou os R$ 32,00 (trinta e dois reais) a Santino para entregar ao apelante, porque "aquele carrinho velho dele era o que ele usava para trabalhar" (fl. 235).

A corroborar essas acusações, há o relato da testemunha Alexandre José da Rosa, soldado da polícia militar, que, sob o crivo do contraditório, confirmou suas declarações prestadas às fls. 34 e 35. Segundo ele, estava trabalhando com o apelante, quando presenciou o momento em que ele fez a abordagem de um veículo Dodge Polara em frente a uma boate e, constatando que os documentos estavam atrasados, solicitou ao proprietário do automóvel a quantia de R$ 30,00 (trinta reais) para que desse um "jeitinho" e seu veículo fosse liberado, o que, de fato, aconteceu. Contou, também, que, depois que o recorrente recebeu o dinheiro, ele continuou lavrando o auto de apreensão do veículo, mas Luciano disse para parar, porque a vítima era "gente boa". Depois disso, falou ao acusado que não queria participar da "sacanagem" que estava fazendo com as pessoas e ele ordenou que ficasse quieto e não se intrometesse. No dia

seguinte, pediu ao Capitão Póvoas para não trabalhar mais com o réu, porém não foi atendido, e ainda presenciou Luciano extorquir dinheiro em mais duas ocasiões, na abordagem de uma Parati e de um Fusca (fl. 117).

Nessa mesma tônica incriminadora, colaciona-se o depoimento do policial militar Márcio Reinert, que asseverou que foi procurado por um cidadão, o qual informou que o apelante havia-lhe pedido dinheiro em troca da liberação de seu veículo que possuía irregularidades (fl. 113).

Já o tenente Carlos Alberto Fritz Bruno contou que soube, por meio de outros policiais, que o recorrente estava abordando veículos em mau estado de conservação com o fim de extorquir dinheiro para liberá-los, e que esses policiais estavam indignados com a atuação de Luciano, porém, quando eram chamados para depor, diziam que não sabiam de nada (fl. 115).

Por sua vez, o policial militar Neri Marques revelou que, ao iniciar suas atividades com o apelante, já sabia que ele costumava abordar veículos com irregularidades e liberá-los em troca de alguma vantagem financeira, e que trabalhou com ele durante três meses, mas não presenciou nenhuma abordagem com cobrança de propina. Esclareceu, por fim, que não quis mais trabalhar com Luciano porque ele era muito grosseiro, até mesmo com as pessoas da comunidade (fl. 119).

O testigo Aldo Graciliano da Silva nada esclareceu sobre os fatos narrados na inicial, mas contou que trabalhava no caminhão de guincho contratado pelo município e que, quando a polícia chamava, tinha que atender, mas ninguém poderia efetuar cobrança na hora, somente depois que o carro fosse retirado do pátio. Assim, o réu não poderia cobrar qualquer quantia por conta de eventual chamamento do serviço de guincho (fl. 283).

De outro lado, o réu Luciano dos Santos, na fase indiciária, negou os fatos que lhe foram imputados na denúncia, dizendo que, ao contrário das acusações, costumava apreender e notificar vários veículos por dia, até mesmo tem como testemunha o tenente Átila. A respeito da grande quantidade de soldados que trabalhavam com ele e pediram para sair de sua guarnição, justificou-se, asseverando que isso aconteceu porque não permitia que esses policiais fizessem serviços particulares durante o expediente, bem como os proibia de pararem em bailes e bares para ficarem observando as mulheres. Quanto ao pedido de afastamento do soldado Neri Marques, alegou que partiu de ambos por problemas relacionados à religião (fls. 22 e 23).

Perante o Conselho Permanente de Justiça, apesar de repetir a negativa de autoria, asseverou que se lembrava da vítima Edson Luiz, mas alegou que seu veículo foi liberado

porque ela chorou e prometeu levá-lo a uma oficina perto dali, e que não pediu dinheiro em troca da liberação (fl. 97).

O acusado Jorge Valmir Cordeiro, já falecido, também negou sua participação nos delitos, dizendo, até mesmo, que não conhecia as vítimas, mas revelou que, "no dia em que foi ouvido no IPM, o soldado Luciano dos Santos lembrou-o que, se fosse questionado a respeito dos fatos, deveria dizer que não sabia de nada" (fl. 100).

As testemunhas arroladas pela defesa (fls. 293 a 295) nada puderam esclarecer sobre os fatos, já que eram apenas abonatórias.

Ora, é sabido que "o crime de concussão é de mera conduta, consumando-se com a exigência do agente; o recebimento posterior é mero exaurimento da infração" (STF, RTJ 71/651) (*Apud* Delmanto, Celso, Código Penal comentado, 4. ed., RJ: Renovar, 1998. p. 537), indiferente, portanto, a realização, ou não, de qualquer ato de ofício referente à atividade exercida pelos agentes.

No caso em tela, ficou amplamente comprovado que o apelante exigia dinheiro das vítimas que possuíam irregularidades em seus veículos, e oferecia, em troca, a liberação sem que fosse lavrado o devido auto de infração.

Sendo assim, consumaram-se os delitos de concussão, na forma continuada (art. 71 do CP), no momento em que foram exigidas as quantias indevidas, ainda que não tivesse recebido as contraprestações pleiteadas, não havendo falar em desclassificação para o delito de prevaricação (art. 319 do CPM -- retardar, ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício).

2 Não há dar guarida à pretensão de ver minorada a reprimenda, a qual já foi fixada no mínimo legal, e, como se sabe, impossível a redução aquém do patamar mínimo, de acordo com o teor da Súmula 231 do STJ, incidindo, apenas, o aumento referente à continuidade delitiva na terceira fase da dosimetria.

Decisão

3 Diante do exposto, decidiu a Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Torres Marques e Des. Subst. Tulio Pinheiro. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Demétrio Constantino Serratine.

Florianópolis, 11 de abril de 2006.

Sérgio Paladino,
Presidente;
Irineu João da Silva,
Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 2006.016893-9, DE BARRA VELHA

Relator: Des. Irineu João da Silva

Processual penal – Nulidade – Crimes da Lei de Tóxicos – Inépcia da inicial por ausência de descrição da conduta delituosa imputada – Concisão da exordial que não compromete a ampla defesa, adimplindo o comando do art. 41 do CPP – Carência de fundamentação no recebimento da denúncia – Inobservância do rito da Lei n. 10.409/2002 – Ausência de prejuízo – Prefaciais afastadas.

Reprimenda criminal – Confissão espontânea já reconhecida em primeira instância, cujo montante não requer paridade com condenações anteriores consideradas, somente, no âmbito do art. 59 do CP – Improcedência – Erro material na soma das penas – Correção.

Regime prisional – Tráfico ilícito de entorpecentes – Crime equiparado a hediondo – Inconstitucionalidade do dispositivo da Lei n. 8.072/90 reconhecida no plenário do STF – Resgate da pena privativa de liberdade em regime inicial fechado – Adequação.

Substituição da reprimenda corporal por restritivas de direitos – Inadimplemento dos pré-requisitos legais (reincidência e circunstâncias desfavoráveis) – Impossibilidade – Sursis humanitário (CP, art. 77, § 2º) – Precárias condições de saúde – Ausência de prova inconteste que desautoriza a concessão – Viabilidade de tratamento extramuros – Indeferimento – Recurso parcialmente provido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 2006.016893-9, da comarca de Barra Velha, em que é apelante Maurício de Matos Miranda e apelada a Justiça Pública, por seu Promotor:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, conhecer do recurso, dar-lhe provimento parcial para corrigir o erro material no cálculo da reprimenda e adequar o regime prisional do crime do art. 12 da Lei n. 6.368/76 para o

inicial fechado, nos termos deste acórdão.

Custas na forma da lei.

Relatório

Na comarca de Barra Velha, o representante do Ministério Público ofereceu denúncia contra Cláudio Gaona Garrido, Maurício de Matos Miranda, Carlos Alberto Vaz e Tiago Rogério da Silva, como incursos nas sanções dos arts. 12 e 14 da Lei n. 6.368/76 e art. 288, caput, do Código Penal, na forma do art. 69 do mesmo Códex Repressivo:

"Consta dos autos que, na data de 4 de setembro de 2003, pela manhã, foi organizada uma barreira policial, montada no posto da Polícia Rodoviária Federal, no município de Barra Velha, oportunidade em que foram abordados os veículos Fiat/Palio Weekend, placa GSM 5727, tripulado pelos denunciados Carlos Alberto Vaz e Tiago Rogério da Silva, o Monza, placa LWS 6655, conduzido pelo denunciado Cláudio Gaona Garrido e o VW/Gol, placa AJD 9455 e, após rápida busca, foi encontrada grande quantidade de tabletes, contendo a substância vulgarmente conhecida como maconha, nos bancos traseiros e nos porta-malas dos dois últimos automóveis, perfazendo um total de 492 (quatrocentos e noventa e dois) quilos do aludido narcótico.

"A quadrilha já estava sendo investigada, por haver fortes indícios de que comercializava substâncias entorpecentes, quando, ao novamente se deslocar para a Cidade de Curitiba/PR, objetivando buscar a droga, que tinha como destino as cidades de Itajaí e Balneário Camboriú, foi seguida por policiais federais e presa na PRF de Barra Velha, sendo que o veículo Palio/Weekend, conduzido por Carlos Roberto Vaz, figurava no esquema de transporte da droga como veículo batedor do comboio da narcotraficância.

"Em busca realizada na residência do denunciado Cláudio, ainda, foi encontrado um tablete pesando 310 (trezentos e dez) gramas, contendo a substância vulgarmente conhecida como cocaína.

"Verifica-se que os denunciados têm estreita ligação entre si, na prática de suas atribuições delituosas e operam organizadamente na venda das substâncias entorpecentes que traficam, tendo funções definidas dentro do esquema da quadrilha" (fls. 2 a 4).

O processo foi cindido em relação aos acusados Carlos Roberto Vaz, Tiago Rogério da Silva e Maurício de Matos Miranda, que, por terem-se evadido do presídio no qual se encontravam detidos, não puderam ser citados pessoalmente, assim como não atenderam ao chamamento editalício, seguindo o feito

com relação ao réu Claúdio Gaona Garrido, que foi julgado e condenado nos Autos de n. 006.03.001682-2, e a decisão transitou em julgado.

Posteriormente, Maurício de Matos Miranda foi recapturado, e a marcha processual com relação a ele foi retomada, e, ao final, julgada parcialmente procedente a denúncia para condená-lo ao cumprimento da pena privativa de liberdade de 4 (quatro) anos e 11 (onze) meses de reclusão, a ser cumprida em regime integral fechado, e pagamento de 70 (setenta) dias-multa, no valor mínimo legal, pelo delito previsto no art. 12, *caput*, da Lei n. 6.368/76, e 3 (três) anos e 5 (cinco) meses de reclusão, sob o regime inicial fechado, com relação ao ilícito preconizado no art. 14 da mesma Lei de Tóxicos.

Insatisfeito com a prestação jurisidicional, recorreu, postulando a reforma do edito para declarar nula a denúncia, por ausência de descrição dos fatos típicos antijurídicos, e a decisão que a recebeu, por falta de fundamentação, ou, alternativamente, a mitigação da pena aplicada, em face da atenuante da confissão espontânea, assim como a retificação da soma das penas, que entendeu equivocada. Requer, ainda, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, em face do que dispõe a Lei n. 9.714/98, porque necessita de cuidados especiais, ou, caso não seja esse o entendimento, a progressão de regime, em atenção à Lei n. 9.455/97.

Com as contra-razões, subiram os autos a esta instância, e a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Exmo. Sr. Dr. Robison Westphal, opinou pelo conhecimento e provimento parcial do apelo para adequar a soma das penas e estabelecer o regime inicial fechado para o delito previsto no art. 12 da Lei n. 6.368/76.

Voto

1 Tratam os autos de delitos contra a saúde pública, previstos nos arts. 12 e 14 da Lei n. 6.368/76.

Ab initio, impende enfrentar as preliminares de nulidade argüidas pelo apelante, ao entendimento de que a denúncia foi inepta ao tempo em que careceu de descrição da conduta típica delituosa, assim como seu recebimento não foi adequadamente motivado, o que resultaria na nulidade do feito.

Constata-se, nos autos, que a representante do *Parquet* de primeiro grau atribuiu a quatro réus as condutas delituosas consistentes no tráfico de substâncias entorpecentes e associação permanente para tanto, previstas nos arts. 12 e 14 da Lei de Tóxicos, respectivamente, assim como a formação de quadrilha, contemplada pelo art. 288, *caput*, do

Código Penal, do qual o apelante foi absolvido.

É inegável a constatação dos representantes ministeriais de que "houve um lapso na denúncia quando deixou de incluir o nome do apelante como condutor do veículo VW/Gol, placa AJD 9455", ou seja, a própria leitura superficial da peça acusatória denuncia a ocorrência de erro material. É evidente que, no parágrafo em que descreve os veículos detidos em barreira policial, cada acusado é vinculado a um dos automóveis e vê-se claramente que, quando referido ao VW/Gol, foi omitido seu condutor, justamente Maurício de Matos Miranda, aliás situação fartamente apontada no Auto de Prisão em Flagrante que acompanha a exordial.

Ora, sabe-se que para algumas das condutas típicas do art. 12 da Lei n. 6.368/76 não é necessário o contato físico do participante com a substância tóxica apreendida (TJSP, RT 653/284), e tampouco a efetiva entrega da droga a terceiro (RJTJSP 104/475). Dessarte, torna-se possível a afirmação contida na denúncia de que "os denunciados têm estreita ligação entre si, na prática de suas funções delituosas e operam organizadamente na venda das substâncias entorpecentes que traficam, tendo funções definidas dentro do esquema da quadrilha" (fl. 3).

Por isso, ao contrário do alegado pela defesa, a vestibular acusatória descreve, sim, a conduta do apelante no delito de tráfico em associação, permitindo a sua perfeita defesa, narrando a época, o local e a forma que supostamente o apelante atuava e executava o crime contra a saúde pública, deixando bem claro que a acusação refere-se à prática de comércio ilícito de estupefaciente, por parte do réu e demais comparsas, em associação, os veículos utilizados, a origem e o destino do estupefaciente. Assim, preencheu todas as exigências formais dispostas no art. 41 do Código de Processo Penal, ou seja, expôs o fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado e a classificação do delito.

Portanto, não pode ser taxada de inepta a denúncia que descreveu de forma global a participação dos acusados que agiram em conjunto, principalmente quando se verifica, de maneira insofismável, que a expressa menção ao apelante foi suprimida por falha de digitação, o que constitui erro material, razão pela qual se afasta a preliminar de nulidade aventada, especialmente porque a denúncia, em hipótese alguma, tolheu o exercício de defesa do acusado.

Por isso, "não é inepta a denúncia que indica a conduta do apelante no delito de tráfico, permitindo a sua perfeita defesa, descrevendo a época, local e forma que supostamente executava o crime, bem como o vínculo com a substância

entorpecente apreendida" (Ap. Crim. n. 2003.026101-0, da Capital, deste relator, j. 31-3-2004).

2 Tampouco há falar em nulidade por ausência de fundamentação do despacho que recebeu a denúncia, situação peculiar na espécie, haja vista que não foi aplicado o rito da Lei n. 10.409/2002, que prevê o oferecimento de alegações preliminares, criando, portanto, juízo de admissibilidade da acusação. Entretanto, a matéria não foi suscitada pelo apelante em nenhum momento do processo, não se podendo presumir a ocorrência de prejuízo concreto.

Por outro lado, a denúncia foi recebida ainda no antigo rito sumário, e a majoritária doutrina e a quase unanimidade dos tribunais do País, especialmente os superiores, entenderam que, por se cuidar de decisão interlocutória simples, o ato do recebimento da denúncia prescindia de fundamentação.

O Supremo Tribunal Federal, ao analisar o tema exposto, assim se posicionou:

"O despacho que recebe a denúncia ou queixa, embora tenha também conteúdo decisório, não se encarta no conceito de 'decisão', como previsto no art. 93, IX, da Constituição, não sendo exigida a sua fundamentação (art. 394 do CPP); a fundamentação é exigida, apenas, quando o juiz rejeita a denúncia ou a queixa (art. 516 do CPP), aliás, único caso em que cabe recurso (art. 581, I, do CPP). Precedentes" (HC n. 72.286/PR, rel. Min. Maurício Corrêa -- RTJ 160/300).

Nesse passo, ficam afastadas as preliminares de mérito.

3 Igualmente, não merece acolhimento o pedido de aumento do *quantum* de mitigação da pena aplicada, por conta do reconhecimento da confissão espontânea (CP, art. 65, III, *d*).

Na análise perfunctória da sentença, percebe-se que o Magistrado assinalou, de forma escorreita, o cálculo utilizado na subtração efetuada na segunda fase dosimétrica, pois retirou da pena-base de 5 (cinco) anos de reclusão, estipulada para o crime de tráfico ilícito de entorpecente, 1 (um) mês pela atenuante da confissão espontânea, perfazendo-a, definitiva, em 4 (quatro) anos e 11 (onze) meses de reclusão, ante a ausência de causas modificadoras, sendo mantida a multa de 70 (setenta) dias (fls. 324 e 325).

Seguindo idêntico parâmetro, com relação ao delito de associação permanente para o tráfico de drogas, retirou da pena basilar de 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão, também, 1 (um) mês pela atenuante da confissão espontânea, totalizando-a, definitiva, em 3 (três) anos e 5 (cinco) meses de reclusão, em face da falta de causas modificadoras,

e não aplicou pena de multa, uma vez que o Magistrado entendeu que o dispositivo inquinado "refere-se à reprimenda cominada no art. 8º da Lei n. 8.072/90" (fl. 325).

Logo, fica claro que não há reduzir, novamente, a pena, pois já utilizada a referida circunstância legal.

Ressalte-se, ainda, que o Magistrado, ao construir o edito, valeu-se das condenações transitadas em julgado como circunstâncias judiciais negativas, e deixou de considerá-las na segunda fase dosimétrica, razão pela qual não implica na observância de paridade com a atenuante reconhecida.

4 Por outro lado, tendo em vista que esses delitos foram praticados em concurso material, as penas devem ser somadas, o que resulta em 8 (oito) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, e pagamento de 70 (setenta) dias-multa.

Entretanto, o Magistrado, na parte dispositiva da sentença, consignou o montante de 8 (oito) anos e 5 (cinco) meses de reclusão, o que determina a correção da reprimenda corporal. O mesmo não ocorreu quanto à pecuniária, pela impossibilidade de agravar-se a pena do réu em recurso exclusivo da defesa.

5 De outra banda, impende, por oportuno, adequar o regime de cumprimento da reprimenda imposta ao crime de tráfico, disposto no decreto condenatório como integral fechado. Isso porque, "por seis votos a cinco, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceu a inconstitucionalidade do parágrafo 1º do artigo 2º da Lei n. 8.072/90, que proibia a progressão de regime de cumprimento de pena nos crimes hediondos. O assunto foi analisado no HC n. 82.959, impetrado por Oséas de Campos, condenado a 12 anos e três meses de reclusão por molestar três crianças entre 6 e 8 anos de idade (atentado violento ao pudor). Na prática, a decisão do Supremo, que deferiu o HC, resume-se a afastar a vedada progressão do regime de cumprimento da pena aos réus condenados pelo cometimento de crimes hediondos. Caberá ao juiz da execução penal, segundo o Plenário, analisar os pedidos de progressão considerando o comportamento de cada apenado, o que caracteriza a individualização da pena" (http://www.ambito-juridico.com.br/no2/index.php?caderno=20&noticia=3950, acesso em 21-6-06).

Dessarte, diante do hodierno entendimento, modifica-se o regime de cumprimento de pena do delito do art. 12 da Lei de Tóxicos do integral fechado para o inicial fechado.

6 Porém, ainda que reconhecida a possibilidade de progressão de regime em crimes hediondos ou equiparados, ao apreciar-se o conteúdo da sentença

condenatória *sub judice*, denota-se o descabimento da substituição da pena privativa de liberdade imposta por restritivas de direitos, porque o sentenciado não preenche os requisitos do art. 44, inc. II, do Código Penal. Além disso, consoante demarcou o Togado sentenciante, as circunstâncias são extremamente graves e não indicam que a substituição seja suficiente à prevenção e repressão do delito, máxime em face da intensa reprovabilidade da conduta perpetrada.

Portanto, no caso em apreço, deixa-se de substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

7 De igual sorte, impossível o atendimento do pleito que visa à suspensão condicional prevista no art. 77, § 2º, do Estatuto Repressivo.

Dispõe o citado dispositivo, com a nova redação que lhe deu a Lei n. 9.714/98, que "a execução da pena privativa de liberdade, não superior a 4 (quatro) anos, poderá ser suspensa, por quatro a seis anos, desde que o condenado seja maior de setenta anos de idade, ou razões de saúde justifiquem a suspensão".

Segundo a doutrina de Julio Fabbrini Mirabete, "por razões humanitárias, a Lei n. 9.714, de 25-11-1998, que alterou vários dispositivos do Código Penal, introduziu mais uma hipótese para o cabimento do *sursis* ao condenado à pena não superior a quatro anos, possibilitando seu deferimento em caso de razões de saúde que justifiquem a suspensão. Estando provado nos autos, portanto, que o acusado é portador de moléstia incurável, como a Aids, ou grave, inabilitante etc., pode o juiz conceder a mercê, justificada que está a medida" (Código Penal interpretado, Atlas, SP: 1999, p. 435).

No caso, há, tão-somente, a afirmação do patrono, dando conta de que "o apelante necessita de tratamento e cuidados especiais por ter sofrido acidente anterior à sua prisão". Todavia, inexiste laudo conclusivo que ateste a presença de doença grave ou mal incurável, e é insuficiente tal argumento para evidenciar a necessidade do benefício da suspensão humanitária.

Desse modo, por não haver prova inconteste da gravidade da moléstia, além de a pena aplicada exceder o quantitativo legal previsto, requisitos objetivos constantes do art. 77, § 2º, do Estatuto Repressivo, o benefício deve ser indeferido.

Em outra oportunidade, ao analisar caso semelhante, esta egrégia Corte deixou assentado:

"Para a concessão do *sursis* humanitário, introduzido no Código Penal pela n. Lei n. 9.714/98, faz-se necessária a comprovação inequívoca de que o pretendente é portador de doença grave e incurável, sob

pena de vedação do benefício" (Recurso de Agravo n. 2002.003086-4, de Ituporanga, rel. Des. Maurílio Moreira Leite, j. 19-3-2002).

Relembre-se, ademais, que, consoante determina a LEP, em seu art. 14, "a assistência à saúde do preso e do internado, de caráter preventivo e curativo, compreenderá atendimento médico, farmacêutico e odontológico". E, muito embora se reconheça que a Administração Prisional não dispõe, por vezes, dos recursos materiais necessários para resguardar o aludido direito, contudo, o mesmo dispositivo legal, em seu § 2º, estipula que, "quando o estabelecimento penal não estiver aparelhado para prover a assistência médica necessária, esta será prestada em outro local, mediante autorização da direção do estabelecimento".

Portanto, plenamente possível o requerente receber assistência médica, mesmo se tratando de crime equiparado a hediondo, pois a enfermidade de que diz padecer não parece ser tão grave a ponto de eximi-lo de cumprir a pena que lhe foi imposta.

Decisão

8 Diante do exposto, decidiu a Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, conhecer do recurso e dar-lhe provimento parcial para corrigir o erro material no cálculo da reprimenda e adequar o regime prisional do crime do art. 12 da Lei n. 6.368/76 para o inicial fechado, nos termos deste acórdão.

Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Torres Marques e Des. Subst. Túlio Pinheiro. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Robison Westphal.

Florianópolis, 27 de junho de 2006.

Sérgio Paladino,
Presidente;
Irineu João da Silva,
Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 2006.023989-8, DA CAPITAL

Relator: Des. Torres Marques

Processual penal – Tráfico ilícito de entorpecentes – Sentença condenatória – Recurso defensivo – Pretendida substituição por pena alternativa e modificação do regime

fechado para o aberto – Requisitos legais não preenchidos – Circunstâncias judiciais indicativas de que a substituição não será suficiente à reprovação e prevenção do crime e de que a fixação de regime mais brando não é recomendável – Inteligência dos arts. 33, § 3º, 44, III, e 59, III e IV, todos do CP – Recurso não provido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 2006.023989-8, da comarca da Capital (2ª Vara Criminal), em que é apelante Rozinea Maria Inácio e apelada a Justiça, por seu Promotor:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por unanimidade, negar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

Relatório

Perante o Juízo da Capital (2ª Vara Criminal), o Representante do Ministério Público ofertou denúncia contra Rozinea Maria Inácio, dando-a como incursa no art. 12, *caput*, da Lei n. 6.368/76, pois, conforme narra a exordial acusatória:

"No dia 31 de março do corrente, por volta das 21h30min, policiais civis receberam a informação anônima de que uma pessoa, de prenome Rozinéia, efetuaria uma entrega de substâncias entorpecentes na avenida Beira Mar Norte, em gente à agência do Banco do Brasil.

"Dirigindo-se ao local, os policiais, depois de ficarem por alguns momentos aguardando a chegada da denunciada, observaram que a mesma, conduzindo seu veículo, marca GM/Vectra GLS, aproximou-se de um Fiat Palio que estava estacionado em frente ao Banco do Brasil. Ato contínuo, os policias abordaram os veículos, sendo todos ocupantes submetidos a uma revista pessoal, logrando êxito em encontrar com a denunciada, em suas vestes, uma niqueleira contendo 3 (três) 'buchas' de substância semelhante à cocaína, embaladas e prontas para a comercialização – depois restou confirmado (fl. 42) que eram destinadas a um dos ocupantes do Fiat Palio, Aristorides Gaidzinski Stadler.

"Posteriormente houve um deslocamento de uma equipe de policiais à residência de Rozinéia, onde foi encontrada mais uma quantidade razoável de substâncias semelhantes à droga, sendo uma 'bucha' maior de substância semelhante à cocaína; 2

(dois) torrões de substância semelhante à 'maconha'; 16 (dezesseis) comprimidos de 'ecstasy'; 2 (duas) balanças de precisão, uma marca 'Titan' e outra marca 'Satrue'; grande quantia em dinheiro, sendo R$ 2.431,00 (dois mil quatrocentos e trinta e um reais) em espécie, R$ 80,00 (oitenta reais) em cheque do Banco HSBC, n. 596583, conta corrente n. 1842 13347, agência 1842, de titularidade de Alessandra Rossana Godoy; U$ 400,00 (quatrocentos dólares norte-americanos) e E$ 300,00 (trezentos euros); 1 (uma) pistola de brinquedo; 1 (uma) máquina fotográfica, marca Olympus, modelo OM101; 1 (um) monitor de LCD, 15 polegadas; 3 (três) aparelhos de telefone celular, um da marca 'Motorola' e dois da marca 'Nokia'; além de 2 (dois) chips de telefone celular e 8 (oito) comprovantes de depósitos bancários em favor da denunciada, junto à Caixa Econômica Federal. Levadas à perícia, constatou-se que as substâncias apreendidas em poder da denunciada e em sua residência, tratavam-se de 85,89g (oitenta e nove gramas) de 'maconha' e 19,0g (dezenove gramas) de 'cocaína' (laudo pericial, fl. 62 a 69).

"Rozinéia vem sendo investigada sobre a prática de tráfico ilícito de entorpecentes desde o mês de novembro de 2005, em virtude das informações recebidas através do 'disque-denúncia' e ainda com base em relatos informais feitos por diversos usuários de droga. Desta forma, evidenciou-se que a conduta de Rozinéia se amolda ao delito previsto no art. 12 da Lei de Tóxicos, em virtude da natureza e quantidade das substâncias apreendidas, ao local e às condições em que se desenvolveu a atividade criminosa – tudo conforme o artigo 37 do mesmo diploma legal" (fls. 2 a 4).

Concluída a instrução criminal, o Magistrado julgou procedente a denúncia, condenando Rozinea Maria Inácio pelo crime de tráfico ilícito de entorpecentes à pena de 3 (três) anos de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime fechado, além de 60 (sessenta) dias-multa, no valor mínimo cada um (fls. 138 a 140).

Inconformado, o defensor interpôs recurso de apelação. Nas razões apresentadas, requereu a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e a alteração do regime prisional para o aberto. Sustentou que não há óbice legal à concessão dos pedidos após a decisão do Supremo Tribunal Federal, que entendeu inconstitucional a vedação da progressão de regime. Prequestionou o art. 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal, e o art. 44 do Código Penal, alegando negativa de vigência a tais dispositivos (fls. 152 a 168).

Houve contra-razões da acusação pelo provimento do recurso (fls. 170 a 174).

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, por intermédio do Dr. Anselmo Agostinho da Silva, manifestou-se pelo conhecimento e desprovimento do apelo (fls. 188 e 189).

Voto

Trata-se de apelação criminal interposta pela ré contra a sentença que lhe impôs a pena de três anos de reclusão pela prática de crime equiparado a hediondo, porém aplicou-lhe o regime fechado e não substituiu a reprimenda por restritiva de direitos.

Ao contrário do afirmado pelo douto defensor, os benefícios pleiteados não foram vedados pelo Magistrado pelo "[...] simples argumento da hediondez ao que o tráfico é equiparado [...]". Pelo contrário, o Togado fundamentou o indeferimento na periculosidade da acusada, assentando:

"[...] No que diz respeito aos pedidos do regime aberto e ainda da substituição da pena imposta por restritivas de direito, por se tratar de crime afeto ao tráfico ilícito de entorpecentes e de acordo com a conclusão do laudo de dependência toxicológico, deve ser levado em conta a sua periculosidade, pois que conforme resposta ao item 14, 'a periculosidade dita social, se provado seu envolvimento com o tráfico de drogas', como o foi no caso concreto, segundo às razões anteriormente apresentadas [...]" (fl. 139).

Destarte, não houve negativa de vigência aos dispositivos prequestionados, quais sejam, o art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal, e o art. 44 do Código Penal.

A sentença foi prolatada em audiência, conforme preceitua o art. 41, parágrafo único, da Lei n. 10.409/02, e a motivação, apesar de sucinta, é suficiente e adequada ao caso concreto.

Segundo os julgados recentes do Superior Tribunal de Justiça, a Lei n. 8.072/90 não é incompatível com o disposto no art. 44 do Código Penal. Admite-se a substituição, porém, quando presentes os seus requisitos legais.

Na hipótese em análise, entretanto, a apelante não faz jus à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, não só pelo fundamento apresentado pelo Julgador e pela gravidade e natureza do delito, mas também em decorrência do exame das circunstâncias judiciais, que demonstram claramente que o benefício é insuficiente.

Embora a sentença tenha fixado a pena-base no mínimo legal, compulsando os autos, constata-se que as circunstâncias do crime e a conduta da apelante são altamente reprováveis.

É notório que em recurso exclusivo da defesa é vedado, sob pena

de *reformatio in pejus*, o aumento da pena já fixada no mínimo legal. Em conseqüência, o Tribunal não poderá piorar a situação do apelante, já transitado em julgado o *quantum* da pena para a acusação. Forma-se, assim, uma espécie de "patamar mínimo".

Por outro lado, na apreciação de recurso que almeja a reforma da sentença sob outros aspectos, o Tribunal pode examinar com liberdade as circunstâncias judiciais, não obstante o magistrado as tenha julgado normais na primeira fase da dosimetria.

Outrossim, o órgão julgador pode acrescentar argumentos novos àqueles apontados na sentença. Nesse sentido, vide STF, HC n. 83.523-6-SP, rel. Min. Carlos Britto, DJU 11-2-2005.

Segundo anota Guilherme de Souza Nucci, "[...] o emprego do art. 59 é múltiplo, valendo para vários momentos diferentes da individualização da pena [...] as circunstâncias previstas no art. 59 [...] são utilizadas desde o momento de escolha do montante da pena privativa de liberdade, passando pela eleição do regime, até culminar na possibilidade de substituição da privativa de liberdade pela restritiva de direitos ou multa e outros benefícios [...]" (Código penal comentado. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 222).

Dispõe o art. 59 do Código Penal:

"Art. 59 -- O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

"I -- as penas aplicáveis dentre as cominadas;

"II -- a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;

"III -- o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;

"IV -- a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível".

Disso conclui-se que as circunstâncias do crime, por exemplo, são analisadas sob enfoques diversos quando se vai definir a quantidade de pena (inciso I) e quando, por outro lado, vai-se analisar a suficiência da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (inciso IV). Estas podem não ser graves o suficiente para justificar o aumento da pena-base, porém podem o ser para indicar que a substituição por pena alternativa não seja o "[...] necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime [...]". São objetivos e enfoques

diferentes, que podem gerar conclusões também distintas.

Nesse sentido é a jurisprudência dos tribunais superiores:

STF: "[...] A pena-base e o regime prisional têm finalidades distintas, ainda que fixados com a utilização dos mesmos critérios: na aplicação da pena vela-se unicamente pela dosagem da reprimenda, enquanto que na fixação do regime objetiva-se tanto a reeducação ao agente como a segurança da sociedade" (JSTF 248/377).

"É possível a fixação de regime prisional mais severo, mesmo tratando-se de réu primário e sujeito à pena não superior a quatro anos de prisão, desde que a sentença contenha adequada motivação" (JSTF 197/284).

"Esta corte tem entendimento que, quando há, no texto da sentença, elementos outros que não apenas o fundamento expresso da gravidade do crime para justificar a imposição de regime inicial de cumprimento de pena mais severa, está ele justificado com base naqueles elementos, como sucede no caso. Ademais, se o Juiz, por benevolência, impuser pena mais branda do que a que deveria ter aplicado, não está ele obrigado a ser, também, benévolo na imposição do regime inicial de cumprimento dela, por não estar impedido de cumprir a lei com referência a esse regime [...]" (HC n. 77.613-7-SP, DJU 14-4-2000, p. 31).

STJ: "Pena – Regime prisional – Fixação do regime inicial mais gravoso – Admissibilidade – Inexistência de relação entre a quantidade de pena e o regime inicial de seu cumprimento – Hipótese em que o juiz deve ater-se às circunstâncias judiciais, decidindo fundamentadamente [...]" (RT 808/603).

"[...] É segura, no Direito Penal vigente, a inexistência de relação necessária entre a quantidade de pena prisional e o regime inicial do seu cumprimento, restando, ao contrário, bem estabelecido que a pena-base prisional e o seu regime inicial, presididos embora pela mesma norma inserta no art. 59 do Código Penal (circunstâncias judiciais), devem ser estabelecidos fundamentada e distintamente [...]" (RSTJ 157/574).

"*Habeas corpus*. Pena-base e regime prisional. 1. A quantificação da pena-base no mínimo legal não impõe necessariamente o regime prisional mais brando, apesar da identidade de critérios legais de aplicação daquele e fixação deste (Código Penal, art. 33, § 3º, 59 e 68)" (HC n. 10.343/SP, DJU 21-2-2000, p. 193).

Depreende-se dos autos que Rozinea praticava o comércio ilícito de entorpecentes de forma organizada e fazia disso seu modo de vida. Segundo afirmado no interrogatório,

substituiu seu marido na atividade, o qual faleceu meses antes da prisão da acusada. Recebia ligações dos clientes e deslocava-se de carro ou de moto para entregar-lhes entorpecente na residência deles ou em qualquer outro local solicitado. Tratava-se de uma espécie de "disque-drogas".

Essa forma de atuação facilitava consideravelmente a compra pelos usuários, que não precisavam-se locomover a locais normalmente afastados e considerados pouco seguros. O entorpecente chegava rapidamente às mãos do cliente, que pouco esforço fazia, a não ser pagar valor um pouco "acima do mercado".

Conforme consta no relatório do Delegado de Polícia – fato não contestado pela defesa –, "[…] a investigada é fornecedora de drogas para diversos indivíduos de um bom poder aquisitivo residentes na cidade, fato este que só vem a comprovar que o tráfico de drogas e o consumo desenfreado de substâncias entorpecentes encontra-se enraizado em diversas camadas do tecido social [...]" (fls. 18 e 19).

Um de seus clientes – morador de condomínio residencial de alto padrão em uma das praias do norte da Ilha de Santa Catarina e pessoa conhecida socialmente –, surpreendido no exato momento de uma dessas entregas personalizadas, confirmou que "[...] já adquiriu droga de Rose em outras oportunidades, 'dezenas de vezes' [...]" (fl. 46).

Acrescente-se que foram apreendidos na residência da ré, além de maconha e cocaína, dezesseis comprimidos de ecstasy, R$ 2.431,00 (dois mil quatrocentos e trinta e um reais), além de dinheiro de outros países (390 dólares americanos, 10 dólares canadenses e 300 euros). Destaca-se, ainda, a apreensão de três balanças de precisão.

Esses fatos demonstram que a conduta da apelante merece censura ríspida do Estado e que somente a imposição de penas alternativas não será suficiente para a reprovação e prevenção do crime (arts. 59, IV, e 44, III, ambos do CP).

Não se pode admitir, portanto, a substituição da reprimenda corporal por restritiva de direitos, em que pese a possibilidade aritmética da permutação. A esse respeito, decidiu esta Corte:

"Via de regra, no tráfico ilícito de entorpecentes é inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, haja vista que a providência não se demonstra suficiente à prevenção e à repressão de delito de tal gravidade" (Ap. Cív. n. 2006.003194-8, de Lages, rel. Des. Amaral e Silva).

"Deixa-se, no entanto, de proceder à substituição da reprimenda corporal por restritivas de direitos,

porque, em que pese a possibilidade aritmética da permutação, a gravidade e a natureza do delito, reveladas pela quantidade de estupefaciente apreendido, ecstasy, indicam ser o benefício insuficiente à repressão e prevenção da conduta" (Ap. Cív. n. 2006.002056-7, de Balneário Camboriú, rel. Des. Irineu João da Silva).

Pelos mesmos motivos, também correta a fixação do regime fechado para o início do cumprimento da pena, em razão do disposto no art. 33, § 3º, do Código Penal. Ressalta-se que o regime mais grave do que aquele alcançado objetivamente – aberto na hipótese dos autos – decorre não da gravidade do crime, mas das circunstâncias judiciais acima apontadas.

Essa hipótese é admitida pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, consolidada nas Súmulas 718 e 719, *verbis*:

Súmula 718: "A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada".

Súmula 719: "A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea".

Repete-se, por fim, que o indeferimento dos pleitos defensivos não decorre da natureza do delito – equiparado a hediondo –, mas da ausência dos requisitos legais expressos nos arts. 33 e 44, ambos do Código Penal. Por esse motivo, não há ofensa ao princípio da reserva legal, estabelecido no inciso XXXIX do art. 5º da Constituição Federal.

Decisão

Por todo o exposto, por unanimidade, nega-se provimento ao recurso.

Participou do julgamento o Exmo. Sr. Des. Subst. José Carlos Carstens Köhler. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Anselmo Agostinho da Silva.

Florianópolis, 25 de julho de 2006.

Jorge Mussi,
Presidente, com voto;
Torres Marques,
Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 2006.007470-4, DE SÃO JOSÉ

Relator: Des. Subst. Carstens Köhler

Júri – Jurados que acolheram, por maioria de votos, a tese de desclassificação da tentativa de homicídio para o delito de lesões corporais – Decisão baseada unicamente nas palavras isoladas do réu – Farta prova testemunhal comprovadora da intenção homicida do agente ou, no mínimo, da aceitação da produção do resultado naturalístico, caracterizador do dolo eventual – Opção do conselho de sentença que não encontra eco nos elementos coligidos durante a instrução, sendo manifestamente contrária à prova dos autos – Anulação do julgamento.

Recurso provido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 2006.007470-4, da comarca de São José (Vara Criminal), em que é apelante a Justiça, por seu Promotor, e apelado José Carlos Fagundes:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, dar provimento ao recurso, a fim de sujeitar José Carlos Fagundes a novo julgamento pelo Tribunal do Júri.

Custas na forma da lei.

Relatório

A representante do Ministério Público oficiante na Vara Criminal da comarca de São José ofereceu denúncia contra José Carlos Fagundes, vulgo "Zé", dando-o como incurso nas sanções do art. 121, § 2º, incisos II e IV, c/c o art. 14, inciso II, ambos do Código Penal, pelos seguintes fatos assim descritos na proemial acusatória (fls. 2 e 3):

"No dia 31 de março de 1994, por volta das 24 horas, o denunciado encontrava-se no interior de seu veículo Opala Comodoro, placa 1172, estacionado no *drive-in* Pedra Branca, em Barreiros, nesta comarca, quando foi solicitado por Celso Felete Filho para que desse marcha à ré, pois estava obstruindo a passagem de outro veículo que também estava estacionado no local.

"Negando-se a prestar o favor, o denunciado iniciou uma breve discussão com Celso, saindo de dentro

do Opala e passando a ofender aquele com palavras de baixo calão, momento em que populares e, inclusive, a vítima, Romeu Cristiano de Souza, intervieram na contenda, procurando serenar os ânimos.

"Bastante exaltado, o denunciado retornou ao seu veículo, sacou de um revólver calibre 22, marca Rossi (T. A. fl. 14), que encontrava-se no porta-luvas, e apontou para Celso, que, ao vê-lo armado, saiu correndo. A vítima Romeu Cristiano de Souza, por seu turno, a fim de apaziguar a situação, dirigiu-se até o denunciado, o qual, furioso por não encontrar Celso, e tão-somente por este motivo, desferiu em Romeu um tiro na cabeça, com evidente *animus necandi*, de forma repentina e sem que ele pudesse esboçar qualquer gesto defensivo, vindo a vítima a tombar no chão.

"Vendo Romeu prostrado ao solo, e concluindo que o mesmo já estava morto, o denunciado, então, evadiu-se do local, imprimindo alta velocidade no seu veículo. A vítima, por sua vez, foi socorrida por populares que encontravam-se no local, e conduzida ao hospital, não chegando a morrer por circunstâncias alheias à vontade do denunciado, sofrendo, contudo, traumatismo cranioencefálico, que a deixou em perigo de vida, bem como incapacitada de exercer suas ocupações habituais por mais de trinta dias, conforme positivam os laudos periciais de fls. 22 e 31".

Regularmente processado o feito, a Magistrada, acolhendo provisoriamente a denúncia, pronunciou José Carlos Fagundes como incurso no art. 121, § 2º, incisos II e IV, c/c o art. 14, inciso II, ambos do Código Penal (fls. 147 a 151).

Irresignado com a decisão proferida, o réu interpôs recurso em sentido estrito (fls. 155 a 160), e a Segunda Câmara Criminal, por unanimidade, negou-lhe provimento (fls. 225 a 231).

Transitada em julgado a sentença de pronúncia, consoante certidão de fl. 232, fora aprazada data para o julgamento perante o Tribunal do Júri, e a defesa do increpado requerido, logo empós o pregão das partes e testemunhas, solicitou o reconhecimento de nulidade absoluta do processo, sob o argumento de que o libelo acusatório encontrava-se completamente divorciado da sentença de pronúncia, o que foi acolhido pela Presidente do Júri, que anulou o feito a partir do libelo, inclusive, para que outro fosse oferecido em adequação à pronúncia (fls. 332 a 337).

Oferecido novo libelo acusatório (fls. 363 e 364) e seguidos regularmente os demais trâmites legais, designou-se novo dia para o julgamento do acusado, e os jurados acolheram, por maioria de votos, a tese de desclassificação da tentativa de homicídio para a de delito de

lesões corporais, motivo pelo qual o Julgador determinou a dissolução do Conselho de Sentença em face da conseqüente cessação de sua competência (fl. 437).

Conclusos os autos em gabinete, o Magistrado julgou parcialmente procedente a denúncia para condenar José Carlos Fagundes ao cumprimento da pena de 1 (um) ano de reclusão, em regime semi-aberto, por infração ao art. 129, § 1º, do Código Penal, tendo substituído a pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos, consistente em prestação de serviços à comunidade, à razão de uma hora de trabalho para cada dia da condenação (fls. 447 a 449).

Irresignado com o veredicto, o órgão ministerial manifestou seu interesse em recorrer da decisão ao final da própria sessão de julgamento (fls. 440 e 441), cujas razões encontram-se acostadas às fls. 512 a 516, nas quais defende, em síntese, que a decisão é manifestamente contrária à prova dos autos, sob o argumento de que ficou caracterizado que o denunciado obrou com evidente *animus necandi*, e que, por essa razão, deve ser anulado o julgamento, a fim de que o recorrido seja submetido a outro.

Contra-arrazoado o apelo (fls. 523 a 531), ascenderam os autos a este grau de jurisdição, e a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer lavrado pelo doutor Luiz Fernando Sirydakis às fls. 535 a 540, opinou pelo seu provimento.

À fl. 542, o eminente Desembargador Sérgio Paladino determinou a baixa dos autos à origem, a fim de que fosse promovida a intimação pessoal do réu e de seu defensor acerca da sentença condenatória, o que foi atendido às fls. 574 e 592 verso.

Após, vieram novamente os autos conclusos a esta relatoria.

Voto

A irresignação aforada pelo órgão ministerial merece lograr êxito.

Com efeito, é sabido e ressabido que ao Tribunal do Júri é assegurada a soberania de seus veredictos – "Carta da Primavera", art. 5º, XXXVIII, *c* – de modo que seu julgamento só pode ser anulado quando apresentar visível afronta à prova dos autos, consoante leciona o saudoso Julio Fabbrini Mirabete: "Não é qualquer dissonância entre o veredicto e os elementos de convicção colhidos na instrução que autorizam a cassação do julgamento. Unicamente, a decisão dos jurados que nenhum apoio encontra na prova dos autos é a que pode ser invalidada" (Código de Processo Penal Interpretado, 8. ed., Atlas, 2001. p. 1.252).

No caso *sub judice*, a decisão dos jurados que acolheu, por maioria de votos, a tese de desclassificação da tentativa de homicídio para o delito de lesões corporais não encontra eco nos elementos coligidos durante a instrução, espancando frontalmente a prova dos autos.

Isso porque os fartos elementos probatórios colhidos no caderno processual revelam, diversamente do que entendeu o Conselho de Sentença, que o denunciado não apenas desejava lesionar o ofendido, mas objetivava efetivamente sua morte ou, no mínimo, previa a possibilidade de sua ocorrência, sendo indiferente a esse resultado, conforme se explicitará com minúcias no decorrer do presente voto.

A análise dos depoimentos de diversas testemunhas que presenciaram todo o desenrolar da infração, aliada às declarações do réu e de todas as demais provas dos autos demonstram, de início, alguns fatos tidos por incontroversos e que não admitem, portanto, contestações, a saber:

A um, a vítima e mais oito pessoas, dentre as quais se incluía sua companheira, outros dois casais e três crianças, estavam fazendo um lanche no *drive-in* Pedra Branca, em Barreiros; a dois, empós o término da refeição todos se dirigiram ao veículo Passat, que tinha sua passagem obstruída pelo Opala que era conduzido pelo réu, motivo pelo qual um dos ocupantes daquele automóvel, Celso Felete Filho, solicitou a retirada do veículo obstrutor para que pudessem sair do referido local de lanche; a três, o increpado não atendeu ao pedido e retrucou algumas palavras ofensivas, o que foi replicado por Celso também de forma indecorosa, oportunidade em que ambos, já exaltados, passaram a discutir verbalmente, vindo a chegar a agressões recíprocas; a quatro, separados os contendores, José Carlos dirigiu-se ao seu veículo Opala, deu partida no motor e, ato contínuo, sacou sua pistola calibre 22 e deflagrou um disparo que veio a atingir a cabeça de Romeu Cristiano de Souza; a cinco, posteriormente ao tiro o acusado empreendeu fuga do local em alta velocidade, apresentando-se posteriormente na Delegacia de Polícia para prestar suas declarações.

Nas três oportunidades em que foi ouvido (fls. 19, 68 e 69 e 420 a 423), o acoimado manteve em geral a mesma versão, alegando, em breve resumo, que realmente estacionou seu veículo próximo ao Passat, porém de modo que não era impedida a sua passagem, quando então desceram deste veículo três homens, dentre os quais o ofendido, agrediram-no fisicamente e causaram danos em seu automóvel Opala, oportunidade em que voltou ao interior deste e sacou de sua pistola com o objetivo de apenas dar

um tiro para o alto com a finalidade de deixar aquele local de confusão, vindo o disparo acidentalmente a atingir a vítima.

Entretanto, não obstante o argumento de que tudo não passou de um infeliz acontecimento, o que fora equivocadamente aceito pelos jurados, as palavras do réu, além de serem isoladas, colidem de frente com a abundante prova coletada nos autos, reveladora, repita-se, da intenção homicida do acoimado ou da aceitação do fatídico acontecimento.

Por questão didática, é oportuno salientar nesse momento que o delito fora presenciado pelas seguintes testemunhas: a) André Vieira de Lima, genro da vítima (fl. 8); b) Virna Kloch Vieira de Souza, proprietária do estabelecimento de lanche Pedra Branca (fls. 9 e 96); c) Adriana de Souza de Lima, irmã do ofendido (fls. 10 e verso); d) Ronan Kloch Vieira, garçom da lanchonete (fls. 11 e 12 e 98); e) Celso Felete Filho, vulgo "Paulinho", um dos ocupantes do veículo Passat (fls. 13 e 100); f) Eliane Alves Barbosa, companheira da vítima (fls. 14 e 15); g) Ilson Carvalho de Souza, outro passageiro do Passat (fls. 16 e 99); h) Renato Francisco, chapeiro da lanchonete (fls. 17 e 101); i) Ilza Maria da Roza, companheira do recorrido (fls. 22, 427 e 428). Além dessas pessoas, conta-se também com a própria vítima sobrevivente, que prestou suas declarações às fls. 32, 95, 424 e 425.

Como se vê, diversas foram as pessoas que assistiram de perto o desenrolar de todo o evento criminoso, e seus testemunhos, à exceção do de Ilza Maria da Roza, companheira do réu – cujas parciais declarações tenderam naturalmente a beneficiar seu concubino –, demonstram que os fatos ocorreram de forma diversa da que foi alegada pelo acoimado em seus interrogatórios, senão confira-se:

Na Delegacia e em Juízo, Virna Kloch Vieira de Souza afirmou que efetivamente existiu uma agressão mútua entre Celso e José Carlos, e que a vítima apenas tentava amainar os ânimos, "quando então o indiciado sacou de um revólver", complementando:

"[...] que quando Celso viu que o indiciado estava armado este então fugiu, e a vítima permaneceu no local assustado (*sic*), tentando acalmá-lo; que a declarante alega que o indiciado estava sentado dentro de seu carro, digo, dentro de seu carro com a metade do corpo para fora da janela e o revólver na mão direita, procurando o Celso e que estava escondido entre as mesas; *que como o indiciado não achou o Celso, pediu para que a vítima se afastasse para ter mais visão, e quando não encontrou o Celso simplesmente virou em direção à vítima e atirou na mesma acertando um tiro*

na testa da vítima; que a declarante alega que na ocasião em que deu o tiro na vítima, deu uma ré em seu carro e saiu em alta velocidade levando consigo a arma; que a vítima caiu na frente do veículo do indiciado [...]" (fl. 9 verso – grifou-se).

Em Juízo, trouxe maiores detalhes:

"[...] que Celso pediu ao acusado para ele retirar seu veículo a fim de que o Passat pudesse sair; que o acusado deu uma resposta ofensiva; que Celso deu uma resposta igualmente ofensiva; que em seguida o acusado saiu do Opala e os ocupantes do Passat também saíram; *que o acusado e Celso começaram a brigar e foram brigando até na frente do drive-in; que o Romeu, o cunhado dele e os dois garções [sic] do* drive-in *foram separar os lutadores; que separada a briga o acusado retornou para o Opala* e ficou esperando os outros voltarem; que quando estes passaram em direção do Passat o acusado aproveitou para agredi-los novamente com palavras; que Celso parou e ficou discutindo com o acusado e aí os outros voltaram para apaziguar os ânimos e então o acusado sacou uma arma e todos correram, com exceção de Romeu; que após dar dois passos para se afastar foi alvejado por um tiro; que o acusado apontou, mirou e atirou contra Romeu. [...] que ficou evidente que a arma foi direcionada na direção de Romeu, sendo que nesta hora o Celso já estava longe, pois havia corrido quando viu o acusado com a arma [...] que o acusado demonstrava que estava a fim de briga e desafiava os outros [...]" (fl. 96 – destacou-se).

E também:

"[...] Que, a turma do 'deixa disto', já estava quase conseguindo colocar o condutor do opalla [*sic*] no mesmo para ir embora, quando este condutor do Opala ligou a chave de ignição e o irmão da declarante Romeu Cristiano de Souza, vítima neste procedimento, tentava acalmar os contendores, que ainda discutiam acerca dos fatos; [...] *Que, o irmão da declarante, Romeu, quando o condutor do Opala, digo, que o irmão da declarante, Romeu, tentava acalmar os ânimos, para acabar a discussão; Que, Romeu estava próximo da porta do Opalla no momento em que este condutor do Opala sacou de um revólver atirando em Romeu Cristiano de Souza, irmão da declarante*; [...] *Que o disparo foi efetuado pelo condutor do Opala, de dentro deste veículo*; Que, o condutor do Opala saiu em disparada, não retornando ao local" (Adriana de Souza de Lima, fl. 10 e verso – grifou-se).

Não discrepantes foram as declarações de Ronan Kloch Vieira, garçom da lanchonete, que relatou com minúcias todo o ocorrido, podendo-se extrair rico excerto relativo ao momento do disparo:

"[...] *Que, o condutor do Opala [sic] sacou de um revólver e mirou em Paulinho [Celso]; Que, Paulinho fugiu do local, escondendo-se atrás de uns caras, pessoas que por ali se encontravam*, pois haviam [*sic*] muitas pessoas no local, dada a briga; *Que, o condutor do Opala pedia para que as pessoas que estavam na frente de Paulinho, encobrindo-o, para que saíssem de sua frente, de sua mira, pois queria acertar um tiro em Paulinho*; Que, Romeu Cristiano de Souza, era um dos ocupantes do Passat, assim como Paulinho; *Que Romeu tentava acalmar o condutor do Opala; Que, Romeu dizia 'calma cara, vamos conversar' e gesticulava com as mãos, pedindo calma ao condutor do Opala; Que, Romeu deu um passo para trás, com as mãos por sobre o capô do Opala; Que, neste instante o condutor do Opala puxou o gatinho [gatilho], detonando contra Romeu; Que, Romeu foi atingido na 'testa', caindo ao lado do carro*; [...]" (fl. 11 verso – sem grifo no original).

Perante o Magistrado, gizou a testemunha: "[...] que o acusado voltou primeiro para o seu carro e ligou o motor e todos pensavam que ele ia embora; enquanto isto os outros retornavam para o *drive-in* ou para o Passat e foi então que o acusado pegou uma arma e disparou um tiro na direção de Romeu; que Romeu fazia gestos ao acusado para que ele se mantivesse calmo enquanto os outros correram [...]" (fl. 98).

Além desses testigos, muitos outros confirmaram na íntegra o entrevero ocorrido e o conseqüente disparo de arma de fogo, consoante se pode ver do conteúdo principal de seus depoimentos, grifadas as partes mais relevantes:

"[...] *que o rapaz voltou para o Opala e o declarante o seguiu continuando a discutir com ele; que, o rapaz já estava com o Opala ligado para sair mas o declarante continuava ao seu lado discutindo, ocasião em que o rapaz pegou um revólver do porta-luvas e apontou em direção do declarante que rapidamente se escondeu para proteger-se por entre as pessoas ali presentes; que, o amigo do declarante, chamado Romeu, foi em direção ao Opala ao ver a arma, parando em frente ao capô, pedindo ao rapaz que não atirasse, fazendo gestos com as mãos; que, mesmo assim, o rapaz colocando parte do corpo para fora da janela do Opala, atirou em Romeu atingindo-o na testa*; que, Romeu caiu e o rapaz fugiu do local levando a arma do crime; [...] que, Romeu em nenhum momento discutiu, somente interferiu com a intenção de evitar maiores problemas; [...]" (Celso Felete Filho, na DP, fl. 13 e verso).

"[…] *que Romeu Cristiano de Souza por duas vezes interveio separando os lutadores; que em seguida o acusado entrou no seu carro e pegou um revólver que estava no porta-luvas e atirou atingindo Romeu*;

[...] que a briga ficou restrita entre o acusado e o declarante, sendo que a intervenção de Romeu foi apenas para separá-los; que Romeu em momento algum agrediu o acusado, ao contrário, todo tempo tentou apaziguar os ânimos; [...]" (Celso Felete Filho, em Juízo, fl. 100).

"[...] que, o condutor do Opala também voltou e entrou em seu carro, momento em que o Paulinho mais uma vez foi ao seu encontro; que, assim que o marido da declarante percebeu o Paulinho próximo do rapaz novamente, correu até ele para trazê-lo de volta; *que, o marido da declarante parou em frente do Opala e o rapaz que já estava com o carro ligado para sair, sacou de uma arma (revólver) e apontou em direção de seu marido o qual ainda tentou afastar-se pedindo calma gesticulando com as mãos levantadas; que, mesmo assim o rapaz acionou o gatilho e disparou contra seu marido, atingindo-o na cabeça, ato contínuo seu marido caiu; [...] que, o Paulinho ao ver o rapaz pegar a arma, escondeu-se por detrás de outra pessoa*, pois a rua estava repleta de curiosos; [...] que, em nenhum momento, seu marido chegou a brigar ou discutir com o rapaz, sua intenção era somente em ajudar; [...]" (Eliane Alves Barbosa, na DP, fl. 14 e verso – destacou-se).

"[...] que, Romeu, outro integrante dos casais, interferiu pedindo que parassem, juntamente com outros dois garçõns [*sic*] que também tentavam acalmar os dois; que, *Paulinho foi afastado dali e o rapaz entrou no Opala ligando-o para permanecer ali mesmo, pois não saiu do local; que, o rapaz do Opala tornou a falar alguma coisa e Paulinho retornou, e nesse instante o rapaz já estava portando um revólver; que, o Romeu foi atrás do Paulinho para impedir que brigassem; que, o Paulinho ao ver a arma, se escondeu atrás de outras pessoas; que, Romeu caminhando em direção ao Opala pedia calma, pedia para conversarem; que, quando Romeu estava bem próximo em frente ao carro do rapaz, ainda com uma das mãos em cima do capô para afastar-se dali, o motorista do Opala, de dentro do carro, esgueirou-se pela janela e atirou em Romeu, acertando-lhe a cabeça*; que, Romeu caiu em frente ao carro e o ocupante deste, deu marcha à ré e fugiu do local levando o revólver consigo [...]" (Ilson Carvalho de Souza, na DP, fl. 16 e verso).

"[...] que os ânimos já haviam serenados e todos voltaram para as mesa[s] do *drive-in* enquanto o acusado foi para o carro dele e acionou o motor; que de dentro do carro o acusado disse mais alguma coisa para Celso que tentou ir na direção do seu oponente, mas foi contido pelos outros, sendo que *neste momento o acusado sacou a arma e todos correram, menos o Romeu, que*

ficou pedindo calma e se afastando devagar, tendo então o acusado disparado a arma contra Romeu; [...]" (Ilson Carvalho de Souza, na fase judicial, fl. 99).

Não deixando nenhuma dúvida de como ocorreu a empreitada delituosa, colhem-se os depoimentos extrajudicial e judicial de Renato Francisco, chapeiro da lanchonete, que também presenciou a pequena distância os fatos que ora se analisam:

"[...] que o declarante escutou quando o Celso pediu educadamente para retirar o veículo, e em seguida o indiciado lhe disse, 'neste espaço passa uma carreta e um carro de boi com teu pai dentro', e Celso em seguida retrucou 'passa a tua mãe junto', quando então o indiciado saiu do carro e já veio agredindo verbalmente Celso, e este também não deixou por menos onde começou uma discussão; *que no meio da discussão a vítima interferiu tentando acalmar os dois, mas o indiciado estava furioso, saiu do carro e digo após acalmar ambos o indiciado voltou para dentro de seu carro e ligou o mesmo; que em seguida o indiciado sacou de uma arma e Celso fugiu, para trás digo, escondendo-se entre as pessoas, quando a vítima mais uma vez tentou acalmar o indiciado*; que o indiciado aparentava estar furioso e o declarante não lembra de que maneira usou a arma para disparar o tiro, pois o declarante estava bastante nervoso; que após disparar o tiro na vítima o indiciado se evadiu do local e a vítima caiu em seguida; [...] que o declarante alega que em nenhum momento a vítima foi agressiva com o indiciado, apenas tentou evitar uma briga entre Celso e o indiciado; *que o declarante alega que o indiciado dizia para a vítima para sair da frente quando estava com a arma em punho para atirar em Celso, mas como não localizou o Celso atirou na pessoa que tentara evitar tal discussão*; [...]" (fl. 17 e verso – sem grifo no original).

"[...] que o declarante, Ronan e Romeu foram até onde estavam os lutadores e conseguiram separá-los; que o dono do Opala retornou na frente dos demais e entrou no seu carro e ligou o motor; que logo atrás retornavam as outras pessoas; *que o acusado pegou uma arma e Romeu se colocou na frente dos outros tentando acalmar o acusado; que o acusado gritava para Romeu sair da frente, dando a impressão que pretendia atirar em Celso que estava atrás das outras pessoas; que Romeu se deslocou para a lateral do Opala; que o acusado direcionou a arma para a direção de Romeu e disparou*. [...] que a briga ficou restrita entre o acusado e Celso, sendo que Romeu simplesmente tentou separá-los [...]" (fl. 101 – grifou-se).

A vítima, por sua vez, pode-

ria trazer maiores esclarecimentos acerca das peculiaridades do delito, porém o tiro que sofreu na cabeça deixou seqüelas e fez com que não se lembrasse de diversas circunstâncias, apenas algumas que já foram relatadas pelas testemunhas visuais, aditando que somente tentou separar a briga de Celso e José Carlos e que depois que solicitou novamente para o réu retirar o seu veículo não se lembra de mais nada (fl. 95).

Entrementes, não obstante a perda da lembrança por parte do ofendido, a nutrida prova testemunhal anteriormente trazida à baila demonstra de maneira cristalina que o acoimado buscava, num primeiro momento, atingir a pessoa de Celso, com quem havia brigado; porém, diante da fuga deste e compelido por um sentimento de fúria com a situação vivenciada, mudou seu alvo e efetivou, a curta distância, um disparo certeiro na cabeça de Romeu, pessoa pacífica que apenas tentou apaziguar os ânimos dos contendores e que em nenhum momento, ao contrário do que quer fazer crer a defesa, agiu com violência para com o réu.

Além disso, a versão dada pelo apelado de que o disparo foi acidental em nenhuma oportunidade foi mencionada por qualquer dos testigos ouvidos, tendo alguns destes sido enfáticos em afirmar que o acusado, na posse da arma de fogo, esgueirou-se para fora do veículo e atirou na cabeça da vítima, como se viu do depoimento judicial de Virna Kloch Vieira de Souza, que declarou: "[...] então o acusado sacou uma arma e todos correram, com exceção de Romeu; que após dar dois passos para se afastar foi alvejado por um tiro; *que o acusado apontou, mirou e atirou contra Romeu. [...] que ficou evidente que a arma foi direcionada na direção de Romeu, sendo que nesta hora o Celso já estava longe*, pois havia corrido quando viu o acusado com a arma [...]" (fl. 96 – grifou-se).

E ainda: "[...] o acusado pegou uma arma e disparou um tiro na direção de Romeu; que Romeu fazia gestos ao acusado para que ele se mantivesse calmo enquanto os outros correram [...]" (Ronan Kloch Vieira, fl. 98).

Outrossim, a gizar ainda mais a tese de que o delito não foi fruto de mero acidente, mas, sim, de uma vontade dirigida a um determinado fim, têm-se as próprias circunstâncias em que ocorreu a infração, a saber: a) o ofensor, empós a contenda com Celso, entrou no veículo e antes de pegar a arma acionou o motor de seu carro, numa revelação de que já se preparava para a fuga após a consecução do objetivo criminoso que estava em sua mente; b) após empunhar sua pistola, o réu procurava por Celso, o qual já havia saído

em fuga e, não o encontrando, escolheu a pessoa de Romeu como nova vítima, *efetuando um disparo certeiro em região letal do ofendido, a curta distância*; c) sabedor da letalidade do tiro que realizou com precisão, *tratou o acusado de empreender fuga do local do delito* em alta velocidade, vindo até mesmo a quase atropelar pessoas que se encontravam próximas da cena delituosa.

Diante desse quadro, não há dúvidas de que o increpado objetivava a morte de Romeu ou, no mínimo, aceitava indiferentemente a produção do resultado naturalístico, caracterizador do dolo eventual – trazido na segunda parte do inciso I do art. 18 do Código Penal na expressão "assumiu o risco de produzi-lo" – cujo conceito é sinteticamente delineado nas palavras do saudoso Julio Fabbrini Mirabete: "e o dolo eventual, em que o agente não quer o resultado, mas, prevendo que ele possa ocorrer, assume conscientemente o risco de causá-lo" (Código Penal Interpretado, 4. ed., Atlas, 2003. p. 181).

No mesmo sentido, são as lições de Damásio E. de Jesus:

"Ocorre o dolo eventual quando o sujeito assume o risco de produzir o resultado, isto é, admite e aceita o risco de produzi-lo. Ele não quer o resultado, pois se assim fosse haveria dolo direto. Ele antevê o resultado e age. A vontade não se dirige ao resultado (o agente não quer o evento), mas sim à conduta, prevendo que esta pode produzir aquele. Percebe que é possível causar o resultado e, não obstante, realiza o comportamento. Entre desistir da conduta e causar o resultado, prefere que este se produza" (Direito Penal, vol. 1– Parte Geral, 25. ed., Saraiva, 2002. p. 290 e 291).

Ora, tendo o réu apontado a arma na direção da vítima e efetuado a cerca de um metro de distância um disparo na sua cabeça, região letal do corpo humano, empreendendo desabalada fuga, não há falar que o intento do recorrido era o de somente produzir lesões corporais no ofendido, como entenderam erroneamente os nobres jurados.

Outro fato que chama a atenção é que diante do Conselho de Sentença o recorrido inovou a versão que até então havia sido trazida às fls. 19, 68 e 69, numa tentativa desesperadora de livrar-se da imputação que lhe foi atribuída, e ofereceu um detalhe a mais, qual seja, de que quando elevava a arma para efetuar o alegado disparo para o alto foi agarrado por Celso e que "não sabe explicar de que maneira acabou havendo um disparo que atingiu uma pessoa que estava na frente do carro" (fl. 422).

Ocorre que esse novo ingrediente acrescido pelo acusado colide de frente com a farta prova oral dos autos, já que as testemunhas foram

unânimes em afirmar que Celso fugiu e se escondeu quando viu a arma de fogo, nada sendo falado acerca de uma possível tentativa deste em desarmar o réu ou evitar que ele atirasse em Romeu.

Destarte, como bem se observa, a decisão dos jurados que acolheu, por maioria de votos, a tese de desclassificação da tentativa de homicídio para o delito de lesões corporais, que fora baseada unicamente nas palavras isoladas do acoimado, é, sem sombra de questionamentos, manifestamente contrária à prova dos autos.

Aliás, há que aditar que os depoimentos prestados por Ilza Maria da Roza, companheira do acusado, em nada beneficiam a versão trazida por este, uma vez que ela apenas escutou o disparo da arma, não sabendo precisar maiores detalhes da infração tampouco a intenção do agente, não se podendo perder de vista, ainda, a tendência natural dessa informante em beneficiar seu companheiro.

Logo, a par de todos os argumentos anteriormente expendidos, chega-se à ilação de que deve o julgamento ser anulado, a fim de que a um novo seja submetido o apelado, por ser a decisão manifestamente contrária à prova dos autos.

A jurisprudência não destoa do posicionamento que está a seguir:

"Júri -- Homicídio qualificado pelo motivo fútil (CP, art. 121, § 2º, inc. II) -- Conselho de sentença que acolheu tese da defesa, reconhecendo imprudência na conduta do réu, deslocando a decisão para o Juiz Presidente do Tribunal do Júri -- Sentença que se afasta, inteiramente, das provas coletadas nos autos -- Princípio da soberania do júri popular que se relativiza -- Novo julgamento decretado -- Recurso provido.

"O Tribunal do Júri é órgão componente da estrutura judiciária do Estado, e possui soberania constitucional nos julgamentos de sua competência (CF, art. 5º, inc. XXXVIII). Entretanto, acatando os jurados tese que não encontra qualquer guarida nos elementos do processo, tem-se a decisão como manifestamente contrária à prova dos autos, sujeitando o réu a novo julgamento" (Apelação Criminal n. 2005.027339-2, rel. Des. Irineu João da Silva, j. em 25-10-05).

E, ainda:

"Pleiteada a nulidade do julgamento por decisão contrária à prova dos autos – Veredicto do Conselho de Sentença que acolhe a tese de legítima defesa amparada exclusivamente na palavra do réu – Recurso provido para submeter o réu a novo julgamento" (Ap. Crim. n. 2001.014155-8, rel. Des. Torres Marques, j. em 2-4-02).

Para arrematar:

"Júri – Homicídio qualificado – Tentativa – Decisão manifestamente contrária à prova dos autos – Acolhida da tese de legítima defesa putativa – Inexistência de qualquer elemento probatório que sugira o receio de agressão iminente – Decisão que se amparou exclusivamente em uma das versões do acusado – Julgamento anulado.

'Embora soberano, o Júri, como os demais órgãos do Poder Judiciário, se submete à prova dos autos e à lógica dos julgamentos' (Des. Amaral e Silva).

"Recurso provido" (Ap. Crim. n. 2002.012553-4, desta relatoria, j. em 2-12-03).

Destarte, outra solução não se poderia adotar que não a anulação do julgamento, em atendimento ao que dispõe a alínea *d* do inciso III do art. 593 do Digesto Processual Penal.

É o quanto basta.

Decisão

Diante do exposto, por unanimidade, dá-se provimento ao recurso, a fim de sujeitar José Carlos Fagundes a novo julgamento pelo Tribunal do Júri.

Participou do julgamento o Exmo. Sr. Des. Subst. Tulio Pinheiro, e lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Luiz Fernando Sirydakis.

Florianópolis, 28 de março de 2006.

Irineu João da Silva,
Presidente, com voto;
Carstens Köhler,
Relator.

HABEAS CORPUS

HABEAS CORPUS N. 2006.019715-0, DE BLUMENAU

Relator: Des. Jorge Mussi

Habeas corpus – *Homicídio qualificado – Paciente que respondeu ação penal em liberdade – Condenação pelo tribunal popular – Negativa do direito de apelar sem recolher-se à prisão fulcrado unicamente na literalidade do art. 2º, inciso II, e § 2º, da Lei dos Crimes Hediondos – Inadmissibilidade – Inexistência casuística de hipóteses autorizadoras da segregação cautelar (art. 312 do CPP) – Constrangimento ilegal evidenciado – Liberdade provisória que merece ser concedida – Adoção, contudo, de medidas de cautela consubstanciadas na retenção do passaporte do paciente, termo de comparecimento mensal em Juízo para prestar contas de suas atividades e não modificação de residência sem pronta comunicação – Ordem concedida para autorizar o apelo em liberdade.*

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus *n. 2006.019715-0, da comarca de Blumenau (1ª Vara Criminal), em que é impetrante Lorival Buzzarello e paciente João Rodrigues de Souza Junior:*

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, conceder a ordem para que o paciente apele em liberdade; condiciona-se tal benesse, todavia, à entrega de seu passaporte em Juízo, à firma de termo de comparecimento mensal ao Juízo da condenação para prestar contas de suas atividades e da não modificação do local de sua residência sem comunicação ao Magistrado.

Relatório

1 – Cuida-se de *habeas corpus* impetrado por Lorival Buzzarello, advogado, com supedâneo nos arts. 5º, inciso LXVIII, da Constituição Federal e 647 e seguintes do Código de Processo Penal, em favor de João Rodrigues de Souza Junior contra ato do Exmo. Sr. Dr. Juiz Presidente do Tribunal do Júri da comarca de Blumenau.

Informou o impetrante que o paciente responde a processo criminal por homicídio qualificado e que foi condenado em primeira instância pelo Tribunal Popular à reprimenda de 12 (doze) anos de reclusão em regime inicialmente fechado.

Noticiou que, muito embora o paciente tenha respondido todo o processo em liberdade, a autoridade dita coatora negou-lhe o direito de apelar dessa forma, apontando a exegese do art. 2º, § 2º, da Lei dos Crimes Hediondos.

Afirmou o postulante que a prisão foi desfundamentada e, ainda, que a autoridade impetrada deixou de cotejar o aludido comando normativo com os requisitos autorizadores da segregação preventiva (art. 312 do CPP), fatos esses que se traduziriam em constrangimento legal.

Dessarte, postulou a concessão liminar da ordem, expedindo-se em favor do paciente o competente alvará de soltura para lhe permitir recorrer da sentença em liberdade, com sua confirmação ao final.

Juntou documentos comprovando, dentre outros, a custódia do paciente em 27 de maio de 2006, bem como a devida interposição do apelo a tempo e modo (fls. 16 a 74).

A liminar foi justificadamente indeferida (decisão de fl. 76).

Oficiada, a autoridade impetrada prestou as necessárias informações.

Instada a manifestar-se, a douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo conhecimento do remédio heróico e pela concessão da ordem.

Voto

2 – A ordem merece ser concedida.

Bem verdade que o art. 2º, § 2º, da Lei n. 8.072/90 esclarece que o juiz decidirá fundamentadamente se o réu poderá apelar em liberdade da sentença que o condene pela prática de crime hediondo ou equiparado, dando a entender – como expressa a autoridade impetrada – que a segregação cautelar decorrente de sentença condenatória recorrível é a praxe nos delitos desta espécie. Tratar-se-ia, pois, de hipótese semelhante à do art. 594 do Código de Processo Penal.

Ocorre que a leitura desses dispositivos deve dar-se à luz do cotejo com os ideais norteadores da Magna Carta de 1988, que erigiu à condição de garantias individuais a presunção de inocência, a ampla defesa e, em especial nesse particular, o duplo grau de jurisdição.

A prisão decorrente de condenação monocrática apelável materializa-se, assim, como exceção às regras constitucionais e, como tal, sua incidência em cada caso concreto deve vir fulcrada em elementos que demonstrem sua efetiva necessidade no contexto fático-jurídico apreciado, e é vedado ao magistrado fazê-lo mediante simples indicação de artigo de lei, sob pena de se outorgar ao legislador a criação de uma presunção de periculosidade calcada em circunstâncias abstratas, incompatível, pois, com o Estado Democrático de Direito.

Nesse sentir é sábia a ensinança de Alberto Silva Franco, veja-se:

"Quando o inciso LVII do art. 5º da Constituição Federal estabelece que 'ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória', é inquestionável que não se afirma que o acusado deva, em todo o transcorrer da investigação policial e do processo judicial, permanecer livre e que nenhum poder cautelar possa ser, contra ele, exercido. Tanto é exato que a própria Constituição Federal reconhece que o Estado pode exercitar seu poder cautelar quer por meio de prisão em flagrante delito, quer através de ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente (inciso LXI do art. 5º da Constituição Federal). Destarte, a primeira conseqüência que se extrai da aceitação constitucional do princípio da presunção de inocência é a de que a liberdade do acusado, no processo penal, constitui uma regra geral enquanto que o exercício do poder cautelar se traduz numa exceção. Em resumo, uma relação entre generalidade e excepcionalidade. A segunda observação que se mostra adequada, em virtude da acolhida do princípio da presunção de inocência, em nível constitucional, é a de que as medidas de cautela que se traduzem em coerção pessoal devem ter um caráter puramente instrumental, não se admitindo que se transformem numa pena antecipada, nem que o acusado seja contaminado pela figura do culpado. A total privação da liberdade pessoal, em razão de uma medida cautelar, só se distingue da total privação de liberdade em virtude de uma sentença condenatória definitiva, no plano das finalidades objetivadas: finalidade puramente instrumental, isto é, de realização do processo e de garantia de seus resultados, num caso, e finalidade, de conotação

penal, de prevenção e reeducação, no outro. O princípio da presunção de inocência não entra, portanto, em rota de colisão com a prisão cautelar desde que esta tenha o caráter de excepcionalidade e não perca sua qualidade instrumental. A verificação dessas duas características básicas importa no reconhecimento de que a privação da liberdade não pode decorrer de um automatismo legal (prisão cautelar obrigatória) uma vez que o exercício do poder cautelar deverá estar sempre subordinado à comprovação, real, efetiva, concreta do *periculum libertatis*, nem pode ter desvirtuado o seu feitio instrumental que tem alicerces fundados numa palavra-chave: a necessariedade. *O exercício do poder cautelar, no processo penal, para preservar o princípio constitucional da presunção de inocência, não poderá ser, em resumo, nem automático, nem desnecessário*" (*in* "Crimes hediondos e notas sobre a Lei n. 8.072/90. SP: RT, 1991. p. 91 e 92 – grifou-se).

Na mesma alheta, leciona Julio Fabbrini Mirabete:

"Diante da Lei n. 8.072/90, que dispõe sobre os crimes hediondos e determina outras providências, o benefício da liberdade provisória após a sentença condenatória deixou de ser um direito do réu para adquirir a natureza de faculdade do juiz quando se trata dos delitos nela mencionados. Prevê a referida lei, em relação aos crimes hediondos e de genocídio, tentados ou consumados, e na prática de tortura, do tráfico ilícito de entorpecente e drogas afins e de terrorismo que o juiz decidirá, fundamentadamente, se o réu poderá apelar em liberdade (art. 2º, § 2º). Dessa forma, ainda que o condenado seja primário ou registre bons antecedentes, a sua liberdade provisória depende do prudente arbítrio do juiz que, se entender ser ela aconselhável, poderá concedê-la, fundamentando suas decisões. Assim, presentes os requisitos e inexistentes os pressupostos que autorizariam a prisão preventiva, o benefício pode ser concedido aos condenados por crimes hediondos ou que lhe são equiparados desde que o magistrado declare as razões por que o concede. *Embora a concessão da liberdade provisória seja uma faculdade conferida ao julgador, segundo a jurisprudência do STJ, deve o juiz fundamentar a decisão, não só quando concede a liberdade provisória, como quando a denega*. Diga-se, aliás, que o artigo 2º, § 2º, da Lei n. 8.072/90, revogou o artigo 35 da Lei de Tóxicos, que sempre condicionava o recurso à prisão do réu na hipótese de condenação por tráfico de entorpecentes e drogas afins (arts. 12, 13 e 14, da Lei n. 6.368, de 21-10-76)" (*in* Processo Penal. 8. ed. SP: Atlas. p. 651 – grifou-se).

Assim, a simples menção à norma do artigo *sub examine* presta-

se – quando muito – unicamente para fundamentar a mantença no cárcere de acusado que já responde segregado ao processo. É insuficiente, todavia, para alicerçar custódia cautelar de réu que respondeu ao processo em liberdade, devendo tal providência, acaso determinada pelo Juízo, vir amparada por particularidades presentes no caso concreto dentre as hipóteses previstas no art. 312 do Código de Processo Penal, omissão que per si configura constrangimento indevido ao paciente.

Tal assertiva trata-se de mera atividade interpretativa dos princípios constitucionais anteriormente mencionados, pois, se a Carta Política garante ao cidadão o duplo grau de jurisdição e os recursos inerentes à ampla defesa, não pode o acusado que responde ao processo em liberdade ver-se tolhido de seu direito de ir e vir unicamente em função de sentença condenatória de primeiro grau, haja vista que, enquanto pender de julgamento o recurso dela interposto, não produz a referida decisão seus efeitos sancionatórios. Salienta-se que o advento do *decisum* monocrático não produz automaticamente nenhuma das hipóteses fáticas arroladas no art. 312 do Código de Processo Penal que autorizariam o encarceramento preventivo.

Outrossim, ao prestar suas informações, o Magistrado, dito coator, comunicou que o encarceramento do paciente embasou-se meramente no comando normativo em pauta (art. 2º, § 2º, da Lei dos Crimes Hediondos), assinalando que "[...] apliquei simplesmente a lei, dizendo porque o fazia, sem buscar motivação no art. 312 do CPP, providência que me pareceu desnecessária".

Por outro prisma, ponderou que, "[...] *se o entendimento for outro, qual seja, de que só se pode negar o direito de apelar em liberdade ao autor de crime hediondo quando presentes algumas das circunstâncias ensejadoras da prisão preventiva, previstas no art. 312 do CPP, [...] o paciente, na minha visão, há de ser colocado em liberdade, pois nenhuma daquelas circunstâncias me parecem existentes, não obstante a larga repercussão que o crime teve na comunidade, a grande mobilização popular no dia do julgamento e a saída do réu do País antes do júri, sem qualquer comunicação ao Juízo*".

"*Anoto que o réu não registra antecedentes criminais, respondeu ao processo em liberdade e, embora tenha viajado para o exterior, para freqüentar curso, sem comunicar a mudança de endereço, retornou ao País para o julgamento e a ele se submeteu normalmente*".

"*A não ser que se tema pela fuga do réu para o exterior, em face do precedente apontado, não encontro no art. 312 razão para o seu*

encarceramento cautelar. O único fundamento, no meu ponto de vista, como exposto na sentença, está no art. 2º, inciso II, e § 2º, da Lei n. 8.072/90" (fls. 82 e 83).

Sabe-se, porém, que, em sede de Direito Processual Penal, os benefícios processuais ao alcance do juiz devem ser interpretados como direitos subjetivos dos acusados, cuja negativa deve vir acompanhada de suficiente motivação – diversa da mera invocação do dispositivo regrante, como ocorrido.

Ademais, o paciente permaneceu em liberdade durante todo o curso instrutório e inexiste alteração no campo fático que enseje seu recolhimento, razão pela qual se impõe a imediata concessão da ordem.

Nesse sentido:

"1 Sendo primários e de bons antecedentes, os sentenciados que responderam ao processo em liberdade têm direito ao apelo em liberdade, se a sentença não fundamentou a negativa desse benefício. 2 Recurso conhecido e provido" (RSTJ 96/368).

"A decisão que concede ou nega ao réu o direito de recorrer em liberdade deve ser fundamentada; não demonstrada a necessidade da custódia, a determinação da prisão configura constrangimento ilegal sanável por *habeas corpus*" (RSTJ 123/367).

E, ainda, amoldando-se com exatidão à situação vertente:

"Homicídio qualificado. Direito de apelar em liberdade. Admissibilidade, se o réu permaneceu solto durante todo o processo. Constituição Federal, ademais, que não colocou o crime hediondo como insuscetível de liberdade provisória. O réu que permanecer solto durante todo o processo por homicídio qualificado não pode ser privado de sua liberdade para apelar, pois das restrições que a Constituição Federal impõe aos crimes hediondos não consta a proibição à liberdade provisória" (RT 759/556).

"Se o réu se encontrava, ao longo do processo, em liberdade, o juiz sentenciante, para obstar o direito de apelar em liberdade, deveria ter fundamentado concretamente a sua decisão. A exigência de motivação vinculada não está afastada mesmo em sede de delitos hediondos. *Writ* concedido" (HC n. 6.682/PE, rel. Min. Felix Fischer, DJU 11-5-1998, p. 134).

Tecidas essas anotações, há de se ponderar, com o devido quilate, todavia, as informações prestadas pela autoridade impetrada que dão conta da pretérita saída do paciente para território estrangeiro a fim de aprimorar seus estudos sem comunicação ao Juízo – legalmente, destaca-se.

Embora tal atitude pudesse parecer à primeira vista desrespeitosa ao Judiciário, prontamente foi *afastada eventual má-fé do paciente, visto que retornou ao País tão logo soube da designação da data para o seu julgamento*, ao qual se submeteu regularmente, motivo pelo qual foi também indeferido nos autos principais o pedido de decretação de prisão preventiva apresentado pelo órgão ministerial daquela Comarca.

Não incidem, *in casu*, consoante observado pela autoridade impetrada, nenhuma das hipóteses do art. 312 do CPP. Destaca-se especialmente a inexistência de indícios seguros dando conta de que o paciente pretende frustar a aplicação de eventual reprimenda penal. Todavia, em vista do mencionado precedente, e, em louvor ao princípio da celeridade processual, não é desarrazoado condicionar a liberdade provisória do paciente à tomada de certas medidas acautelatórias visando exclusivamente ao bom andamento da lide, quais sejam, a entrega de seu passaporte em Juízo, a firma de termo de comparecimento mensal em Juízo para prestar contas de suas atividades (no primeiro dia útil de cada mês) e o ônus de não transferir o local de sua residência sem pronta comunicação à autoridade impetrada.

A retenção do passaporte, diga-se, tem-se mostrado procedimento amplamente respaldado pelos tribunais pátrios, especialmente pelo colendo Superior Tribunal de Justiça, consoante se denota dos excertos que seguem:

"Processual penal. *Habeas Corpus*. [...] Prisão preventiva decretada sem nenhuma demonstração de sua necessidade. Nulidade. *Mantença, porém, da proibição de viajar para o exterior e retenção do passaporte. Writ* concedido para que o paciente fique em liberdade até que o Tribunal de Justiça decida o mérito.

[...]

"III -- Se o paciente continua solto, não faz sentido sua prisão só porque ele cuidava de regularizar proibição de seu ingresso em determinado País estrangeiro. *Assim, sua prisão padece de justa causa. Retenção, todavia, do passaporte e mantença da proibição de viajar para o exterior*.

"IV – *Writ* concedido para que o paciente continue solto até decisão do mérito do Tribunal de Justiça" (STJ. HC n. 2868/SP, rel. Min. Adhemar Maciel. 6ª Turma, julg. 13-2-1995, grifou-se).

"Processo penal. *Habeas corpus*. Apreensão de passaporte previamente ofertado. Ampliação da garantia processual. Legalidade.

"1 A oferta do passaporte ao magistrado para fins de liberdade provisória torna implícita, mas certa, a consideração dessa garantia quan-

do concedida a liberdade pleiteada, ainda que ausente expresso fundamento a respeito.

"2 A conduta seqüente do réu de exigir a liberação do passaporte e de não admitir intervenção do juiz para autorizar suas saídas do País, bem como sua conduta pessoal desrespeitosa, justificam o maior temor de riscos ao processo e possibilitam o desigual tratamento ante os demais réus.

"3 *Legal a ampliação da garantia processual para apreender expressamente o passaporte e passar a exigir prévia autorização judicial para saídas do réu do País*.

"4 Ordem de de *habeas corpus* negada" (TRF 4ª Região. HC n. 2005.04.01.028070-2/RS, 7ª Turma, julg. 13-9-2005, grifou-se).

Frisa-se, por derradeiro – e a título de informação – que este movimento jurisprudencial encontra albergue no Projeto de Lei n. 4.208/2001, em trâmite no Congresso Nacional, e que, malgrado não tenha força de norma positivada, é claro indicativo da tendência e dos anseios da sociedade.

De acordo com a mencionada proposta, seriam criadas medidas cautelares como alternativas ao rigor extremo da custódia preventiva, alterando-se a redação de diversos dispositivos do Título IX do Livro I do Código de Processo Penal, dentre os quais o art. 319, que passaria a viger com a seguinte redação:

"Art. 319 – As medidas cautelares diversas da prisão serão aplicadas nas seguintes hipóteses:

"*I – comparecimento periódico em juízo, quando necessário para informar e justificar atividades*;

"II – proibição de acesso ou freqüência a determinados lugares em qualquer crime, quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o investigado, suspeito ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações;

"III – proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o investigado, suspeito ou acusado dela permanecer distante;

"*IV – proibição de ausentar-se do país em qualquer infração penal para evitar fuga, ou quando a permanência seja necessária para a investigação ou instrução*;

"V – recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga nos crimes punidos com pena mínima superior a dois anos, quando o acusado tenha residência e trabalho fixos;

"VI – suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando haja justo receio de sua utilização para a prática de novas infrações penais;

"VII – internação provisória do

acusado em crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (artigo 26 e parágrafo único do Código Penal) e houver risco de reiteração;

"VIII – fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento aos atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada a ordem judicial.

"§ 1º – A fiança será aplicada de acordo com as disposições do Capítulo VI, deste Título, podendo ser cumulada com outras medidas cautelares.

"*§ 2º -- A proibição de ausentar-se do país será comunicada pelo juiz às autoridades encarregadas de fiscalizar as saídas do território nacional, intimando-se o investigado, suspeito ou acusado para entregar o passaporte, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas*" (grifou-se).

Decisão

3 – Com arrimo nas razões suso mencionadas, a Câmara conhece do remédio constitucional e concede a ordem para que o paciente apele em liberdade, expedindo-se alvará de soltura clausulado à entrega de seu passaporte em Juízo, à firma de termo de comparecimento mensal perante a autoridade impetrada para dar conta de suas atividades e da não modificação do local de sua residência sem pronta comunicação ao Magistrado apontado como coator.

4 – Oficie-se à Superintendência Regional da Polícia Federal de Santa Catarina para que seja vedada eventual confecção de segunda via ou novo passaporte pelo paciente.

Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Sérgio Paladino e Torres Marques. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Anselmo Agostinho da Silva.

Florianópolis, 11 de julho de 2006.

Jorge Mussi,
Presidente e Relator.

HABEAS CORPUS N. 2006.030143-6, DE CHAPECÓ

Relator: Des. Jorge Mussi

Habeas corpus – *Denunciação caluniosa – Paciente que deu causa à instauração de investigação administrativa contra policiais militares por suposta prática de abuso de autoridade – Ausência de má-fé ou falsidade por parte do denunciante – Desnecessidade de aprofundada análise da prova para se constatar a inexistência, sequer em tese, do dolo direto exigível para a tipificação do delito – Ausência de configuração do elemento subjetivo do injusto – Falta de justa causa para a deflagração e continuidade da ação penal – Constrangimento ilegal caracterizado – Trancamento da ação penal que se impõe – Ordem concedida.*

Exigindo-se para a configuração do delito de denunciação caluniosa que a acusação feita seja objetiva e subjetivamente falsa, vale dizer, que esteja em contradição com a verdade dos fatos e que haja por parte do agente a certeza da inocência da pessoa a quem atribui a prática criminosa, ausentes tais condições, atípica é a conduta.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus *n. 2006.030143-6, da comarca de Chapecó (2ª Vara Criminal e Execuções Penais), em que são impetrantes Cláudio Gastão da Rosa Filho e Carla Bacila Sade, e paciente Sérgio Edil Menegol:*

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, conceder a ordem para determinar o trancamento da ação penal.

Relatório

1 – Cuida-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado por Cláudio Gastão da Rosa Filho e Carla Bacila Sade, advogados, com fundamento no art. 5º, LXVIII, da CF, e nos arts. 251 e 647, I, do Código de Processo Penal, em favor de Sérgio Edil Menegol, advogado, contra ato do Excelentíssimo Senhor Doutor Juiz de Direito da 2ª Vara Criminal da comarca de Chapecó nos autos do Processo Crime n. 018.04.014903-7.

Informam os impetrantes que o paciente foi denunciado por suposta infração ao art. 339 do Código Penal – denunciação caluniosa –, porquanto "tendo interposto pedido de providências para a Ordem dos Advogados do Brasil em razão de fatos que envolviam policiais militares que o teriam abordado de forma vexatória, segundo se extrai da inicial acusatória (doc. 1), teria dado causa à instauração de processo administrativo em desfavor dos mesmos" (fl. 4).

Dizem que a exordial acusatória foi recebida pela autoridade dita coatora e que o interrogatório do paciente foi designado para o dia 29-8-2006.

Alegam que o paciente está sofrendo constrangimento ilegal, posto que não há justa causa para a deflagração e continuidade da ação penal em questão, uma vez que o fato narrado na inicial acusatória não constitui crime, uma vez que, para a tipificação da conduta incriminada no art. 339 do CP, exige-se o dolo direto, ou seja, a certeza acerca da inocência da vítima, "dando causa à instauração de procedimento com fito de prejudicá-la de alguma forma" (fl. 7).

Pelo exposto e argumentando presentes o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*, requereram a concessão liminar da ordem para suspender a ação penal até o julgamento de mérito do *writ*, uma vez que o interrogatório do paciente estava marcado para o dia 29-8-2006, às 15h15min, e, no mérito, pretendem a concessão do remédio heróico, para trancar a ação penal que tramita contra o paciente perante o Juízo impetrado, dada a atipicidade da conduta narrada na vestibular acusatória.

Instruem o pedido os documentos de fls. 13 a 24.

Diante da relevância e da plausibilidade dos argumentos esposados na inicial, a liminar foi deferida tão-somente para suspender o interrogatório do paciente, marcado para o dia 29-8-2006, até o julgamento final deste *writ* (fls. 32 e 33).

Oficiada, a autoridade dita coatora prestou suas informações e notificou que, pela defesa do paciente, foram juntados documentos dando conta da decisão do Conselho Pleno da OAB/SC que concedeu-lhe o direito de desagravo, razão pela qual foi aberta vista ao Ministério Público, que nada acrescentou (fl. 36).

Instada, a ilustre Procuradoria-Geral de Justiça opinou pela denegação da ordem.

Sobreveio pedido dos impetrantes de juntada da decisão do Conselho Pleno da OAB/SC que, por maioria, reconheceu o direito de desagravo do paciente em razão da ofensa que sofreu à dignidade e às prerrogativas profissionais ao ser revistado pelos policiais no exercício da advocacia (fls. 42 a 54).

Voto

2 – A ordem é de ser concedida para determinar o trancamento da ação penal instaurada contra o paciente, ante a ausência de justa causa para a sua deflagração e continuidade.

Verifica-se que o paciente foi denunciado pelo órgão ministerial como incurso nas sanções do crime previsto no art. 339 do Código Penal – denunciação caluniosa, por ter dado causa ou provocado a instauração de investigação administrativa contra Dirceu Souza Neves, 1º Tenente da Polícia Militar, contra José Ivan Schelavim, 2º Tenente da Polícia Militar, e contra outros militares que os acompanhavam durante a abordagem à sua pessoa e veículo, por apontá-los, segundo a denúncia, falsamente, como responsáveis pelo suposto cometimento dos crimes de ameaça e de abuso de autoridade, "pelo atentado à liberdade de locomoção e aos direitos e garantias legais assegurados ao exercício profissional, bem como de constrangimento não autorizado em lei e de prática de ato lesivo à honra, ou do patrimônio de pessoa natural praticado com abuso ou desvio de poder ou sem competência legal", ocorrido à época da diligência noticiada.

Consta que, sentindo-se ofendido e humilhado pelas ações levadas a efeito pelas pretensas vítimas na diligência em questão, o paciente pugnou à OAB/SC providências nos órgãos competentes, no sentido de investigar os policiais militares em questão pela suposta violação ao art. 1º, c/c art. 2º e alíneas, art. 3º, *a* e *j*, art. 4º, *b* e *h*, e art. 5º, todos da Lei n. 4.898/65, o que de fato aconteceu, e instaurou-se contra aqueles sindicância administrativa, que foi, ao final das investigações, arquivada, ao entendimento de que "ambos os oficiais agiram no estrito cumprimento do dever legal e em conformidade com as Diretrizes Operacionais do Comando-Geral da PMSC" (fl. 18).

Contudo, de uma perfunctória análise dos autos, verifica-se que, na hipótese em apreço, nem em tese se configurou o delito imputado ao paciente, que pune, com reclusão, de 2 a 8 anos, e multa aquele que der "causa a instauração de investigação policial, de processo judicial, instauração de investigação administrativa, inquérito civil, ou ação de improbidade administrativa contra alguém, imputando-lhe crime de que o sabe inocente" (redação dada pela Lei n. 10.028/2000).

Segundo a doutrina, para a caracterização do crime em questão, é necessário o dolo direto e não se admite sequer o eventual, senão, veja-se inicialmente da lição de Guilherme Souza Nucci:

"Elemento subjetivo do tipo: é o dolo; entretanto, somente na sua forma direta, tendo em vista que o

tipo penal exige o nítido conhecimento do agente acerca da inocência do imputado. Logo, torna-se impossível que ele assuma o risco de dar causa a uma investigação ou processo contra alguém inocente (dolo eventual). Não existe, obviamente, a forma culposa. Cremos presente o elemento subjetivo do tipo específico, consistente na vontade de induzir o julgador em erro, prejudicando a administração da justiça [...]" (Código Penal Comentado. 6. ed.,São Paulo: RT, 2006. p. 1.092).

Do ensinamento do saudoso mestre Nelson Hungria, na obra Comentários ao Código Penal, Rio de Janeiro: Forense, volume 4, p. 140, extrai-se que a denunciação "deve ser objetivamente e subjetivamente falsa, isto é, deve estar em contradição com a verdade dos fatos e o denunciante deve estar plenamente ciente de tal contradição. O elemento subjetivo é a vontade livremente dirigida à imputação, sabendo positivamente o denunciante que o acusado é inocente, e visando (dolo específico) à instauração de investigação policial ou de processo contra ele. Não é suficiente o dolo eventual, isto é, não basta que o agente proceda em dúvida de ser ou não ser verdadeira a acusação, é necessária a certeza moral da inocência do acusado".

A lição de Julio Fabbrini Mirabete, acerca do elemento subjetivo do injusto, não discrepa, veja-se:

"Tipo Subjetivo

"O dolo é a vontade de provocar a investigação policial, o processo judicial, a instauração de investigação administrativa, o inquérito civil ou a ação de improbidade administrativa, exigindo que o agente saiba que imputa a alguém crime que este não praticou. É mister, assim, que a acusação seja objetiva e subjetivamente falsa, isto é, que esteja em contradição com a verdade dos fatos e que haja por parte do agente a certeza da inocência da pessoa a quem atribui a prática do crime. Sem essa certeza não se configura a denunciação caluniosa [...]. A tônica desse fato típico está no elemento normativo consubstanciado na cláusula 'imputando-lhe crime de que o sabe inocente' (RF 218/336). O simples estado de dúvida a esse respeito afasta a tipicidade do delito (RT 421/49, 549/315, 592/299, 613/296). Exigindo-se a certeza moral da inocência do acusado, não é suficiente para a configuração do delito o dolo eventual (RT 522/322, 527/400, 568/256 e 352, 587/320, 798/586; RTJERGS 133/133) "[...]" (Manual de Direito Penal, Parte especial, arts. 235 a 361 do CP. 18. ed., SP: Atlas, 2003. p. 409).

O mesmo ensinamento é dado por Heleno Cláudio Fragoso, leia-se:

"Desde que a ação seja praticada com o fim de determinar a instauração de investigação policial

ou processo judicial (dolo específico) são irrelevantes os fins ou motivos do agente. O erro de fato sobre a inocência do acusado ou a dúvida ou suspeita nesse sentido (que constituiriam dolo eventual) excluem a culpabilidade" (Lições de Direito Penal. v. 4. p. 1.009).

E, na hipótese *sub examine*, o que se depreende dos elementos coletados à inicial do *writ* é que o paciente, sentindo-se ofendido moral e profissionalmente com a forma como foi abordado pelos policiais militares, à época do cumprimento do mandado de busca e apreensão expedido contra cliente seu, que efetuaram busca contra sua pessoa e automóvel, representou ao órgão de classe da qual faz parte, a fim de que fossem tomadas providências no sentido de que se investigassem o ocorrido.

Ora, o paciente, acreditando verdadeiramente que foi alvo do crime de abuso de autoridade por parte das pretensas vítimas, policiais militares, exigiu providências, que, diante da possibilidade de que tais fatos realmente houvessem ocorrido, foi efetivamente tomada pela OAB/SC, a qual oficiou ao Corregedor-Geral da Polícia Militar em Santa Catarina, registrando "preocupação com os fatos narrados" e solicitando "a adoção de medidas pertinentes para que fatos de tal natureza não se repitam" (fl. 28), o que bem demonstra que a acusação feita pelo advogado, ora paciente, não foi falsa ou leviana.

A circunstância de a sindicância administrativa ter concluído pela inocorrência de qualquer indício de transgressão disciplinar ou de crime militar perpetrados pelos policiais durante a abordagem ao veículo e à pessoa do paciente é irrelevante, visto que o que se denota dos documentos que instruem o *habeas corpus* e da própria narrativa da exordial acusatória é que aquele, desde o início da abordagem, já se insurgiu contra a ela, considerando-a abusiva e ofensiva, e, por isso, exigiu providências que entendia cabíveis, pelo que flagrantemente atípica se mostra a conduta.

Cumpre registrar, por oportuno, que a Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de Santa Catarina, concedeu ao paciente o direito de desagravo público contra as pretensas vítimas, porquanto vislumbrou "ofensa ao advogado no pleno exercício profissional", nos termos do art. 7º, § 5º, do Estado da Advocacia e da OAB e no art. 18 e parágrafos, do Regulamento Geral, consoante se infere do documento se fls. 43 a 53 (Processo n. 220/04-CDA).

Assim, salta aos olhos a ausência do elemento subjetivo do injusto, qual seja, a má-fé, o dolo específico, consistente no saber o denunciador ser, ou acreditar ser, os denunciados inocentes, elemento

essencial para a caracterização da figura do art. 339 do Código Penal, uma vez que, no entendimento do denunciante, configurado estava o abuso de autoridade por ele sofrido.

Por isso, não há falar, sequer em tese, em crime de denunciação caluniosa, posto que tal delito é comissivo direto, e exige, por isso, o dolo específico, que nem de longe se vislumbra na espécie. E, nesses casos, como vem direcionando a jurisprudência, outra solução não resta senão o trancamento da ação penal, por ausência de justa causa para a sua deflagração e continuidade.

Nesse sentido:

"Denunciação caluniosa -- Não caracterização -- Delito eminentemente doloso, que não se satisfaz com o dolo eventual -- Advogados que fizeram representação, pedindo fossem apurados maus-tratos que carcereiros ou policiais militares estariam infligindo a presos da cadeia pública -- Ausência de má-fé e mero exercício da atividade profissional -- Ordem concedida para o trancamento da ação penal" (RJTJESP -- Lex 98/512).

Na mesma linha de pensamento, cita-se:

"Denunciação caluniosa. Descaracterização. Denunciante que não tinha certeza moral da inocência do acusado. Dolo específico não configurado. Absolvição decretada" (RT 634/326).

"Denunciação caluniosa. Delito sequer em tese configurado. Advogados que não tinham a certeza da inocência do colega *ex adverso* contra quem solicitaram instauração de inquérito policial, posteriormente arquivado. Falta de justa causa para a ação penal. Trancamento desta. *Habeas corpus* concedido. Inteligência dos arts. 339 do CP de 1940 e 648, I, do CPP" (RT 602/332).

De nosso Sodalício, em caso semelhante:

"*Habeas corpus* -- Denunciação caluniosa imputada a advogado -- Paciente que, em defesa de seus clientes, ingressou com representação contra autoridade da polícia militar, a fim de que fosse apurada suposta prática de tortura e sevícias -- Peça que foi arquivada -- Exercício regular do munus público -- Inexistência de dolo específico (elemento subjetivo do tipo) -- Ausência de justa causa para a deflagração da persecução criminal -- Trancamento da ação penal que se impõe -- Ordem concedida.

"O advogado, profissional imbuído do munus público, ao exercer regularmente a sua profissão perante o cliente e através de instruções por ele recebidas, e que, sem excessos, toma providências, a fim de averiguações quanto à ocorrência de tortura, não pode ser responsabilizado como autor do delito de denunciação caluniosa, especialmente quando verifi-

cado que não agiu com má-fé e dolo específico, elemento subjetivo do tipo disposto no art. 339 do CP.

"Extensão da decisão aos demais advogados denunciados -- Inteligência do art. 580 do CPP" (HC n. 2000.018937-5, de Tubarão, deste Relator, j. em 28-11-2000).

Conveniente salientar que "não se deve confundir a denunciação caluniosa com a conduta de quem solicita à autoridade que apure e investigue a prática de determinado delito, fornecendo-lhe os elementos de que dispõe. A vontade de realização da justiça choca-se com o desejo de ver punido um inocente. Não fosse assim, sentir-se-ia o cidadão inibido de um dever fundamental: o de levar a notícia de crime ao conhecimento da autoridade competente, solicitando sua investigação" (RT 611/351).

E, muito embora o *writ* não se preste ao cotejamento aprofundado de provas, a melhor jurisprudência tem decidido que, em casos excepcionais e quando exsurge de plano o constrangimento ilegal, como no caso em exame, é possível conceder-se a ordem para trancar a ação penal, leia-se:

"O *habeas corpus* não se compadece, inegavelmente, com os profundos mergulhos no conjunto probatório. Mas, se logo à flor d'água se percebe que a acusação é natimorta, o jeito é passar desde logo o competente atestado de óbito. E o meio de atingir-se tal objetivo consiste justa e exatamente na impetração da ordem e sua concessão" (RT 532/353).

Da Corte Superior, para arrematar, cita-se:

"*Habeas corpus*. Denunciação caluniosa. Ausência de justa causa. Trancamento da ação penal.

"1. Se de um lado não se mostra razoável, em *habeas corpus*, a incursão detalhada no material probatório, de outro, a peça de acusação tem que encontrar apoio nos elementos de convicção existentes nos autos, únicos fundamentos a justificar a instauração da persecução penal, conhecidas que são as agruras dela decorrentes.

"2. 'O delito de denunciação caluniosa exige que a acusação seja objetiva e subjetivamente falsa, vale dizer, que esteja em contradição com a verdade dos fatos e que haja por parte do agente a certeza da inocência da pessoa a quem se atribui a prática criminosa. O dolo é vontade de provocar investigação policial ou processo judicial' (HC n. 25.593/MT, relator

o Min. Jorge Scartezzini, DJU de 3-5-2004).

"3. Ordem concedida. Extensão aos co-réus" (HC n. 38731/MG, rel. Min. Paulo Gallotti, j. em 1º-3-2005).

Assim, e diante da flagrante inocorrência de dolo específico por parte do paciente, elemento essencial para a configuração do crime em testilha, é de ser trancada a ação penal contra ele deflagrada, porque ausente o pressuposto da justa causa para a persecução criminal.

Decisão

3 – Diante do exposto, concede-se a ordem para determinar o trancamento da ação penal a que responde o paciente.

Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Irineu João da Silva e Torres Marques, e lavrou o parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Anselmo Agostinho da Silva.

Florianópolis, 12 de setembro de 2006.

Jorge Mussi,
Presidente e Relator.

RECURSO CRIMINAL

RECURSO CRIMINAL N. 2006.023349-4, DE BALNEÁRIO CAMBORIÚ

Relator: Des. Torres Marques

Recurso em sentido estrito – Parecer da Procuradoria opinando tão-somente pelo retorno dos autos à origem para prolação do juízo de retratação – Desnecessidade de retorno à Procuradoria para manifestação acerca do mérito recursal – Preliminar afastada.

Decisão que extinguiu a punibilidade pela decadência do direito de representação dos pais da menor em crimes contra os costumes – Recurso do Ministério Público pretendendo a reforma – Menor abandonada, cuja representação pode ser apresentada por qualquer pessoa que seja responsável por ela, ainda que momentaneamente – Recurso provido para reformar a decisão e determinar o retorno dos autos à origem para o exame do mérito da causa.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso Criminal n. 2006.023349-4, da comarca de Balneário Camboriú (2ª Vara Criminal), em que é recorrente a Justiça, por seu Promotor, e recorrido Argeu dos Santos:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por unanimidade, afastar a prefacial e, no mérito, prover o recurso para reformar a decisão de fls. 152 a 158, a fim de que seja analisado o mérito da causa.

Custas na forma da lei.

Relatório

Na comarca de Balneário Camboriú, Argeu dos Santos foi denunciado como incurso nas sanções dos arts. 213, c/c o 214, c/c o 224, *a*, 225, § 1º, I, e 226, III, todos do CP.

Devidamente instruído o feito, sobreveio sentença que julgou extinta a punibilidade pela decadência do direito de representação dos pais da vítima, nos termos do art. 107, IV, do CP, e art. 38 do CPP, diante da ilegitimidade do conselho tutelar para oferecer dita representação.

Irresignado, o representante do Ministério Público recorreu alegando que a vítima é menor abandonada e se encontra abrigada em lar de menores. Argumentou que, em se tratando de menor cujos pais não se interessam por sua guarda e zelo, o conselho tutelar possui legitimidade para oferecer representação para deflagração de ação penal por crimes sexuais contra ela perpetrados.

Com contra-razões, ascenderam os autos a esta Corte, e a douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo retorno dos autos à origem para que o Magistrado proferisse o juízo de sustentação ou retratação da decisão.

À fl. 239 foi juntado o despacho de sustentação proferido pelo Juiz Substituto em exercício na 2ª Vara Criminal de Balneário Camboriú.

Voto

Primeiramente, cumpre registrar que o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça foi pelo retorno dos autos à origem para que o Magistrado proferisse o juízo de sustentação da decisão objurgada.

Resolvida a questão, tendo em vista que foi juntado aos autos o referido despacho, a douta maioria entendeu dispensável o retorno dos autos à Procuradoria-Geral de Justiça para manifestação sobre o mérito do recurso, por não haver determinação nesse sentido no Código Processual Penal, tampouco no Regimento Interno deste Tribunal.

Na oportunidade em que emitiu parecer, o Procurador reportou-se apenas à diligência, muito embora fosse a oportunidade de se pronunciar também quanto à fundamentação do recurso.

Assim, a exigência de retorno dos autos eqüivaleria à afronta ao texto constitucional em face da inobservância dos princípios da isonomia entre as partes e da celeridade processual, que protesta pela imediatidade da prestação jurisdicional. Nesse sentido, já decidiu esta Câmara:

"[...] Recurso crime – Apelação – Intervenção do Ministério Público no segundo grau – Parecer omisso quanto ao mérito – Preliminar rejei-

tada – Desnecessidade de retorno à Procuradoria-Geral de Justiça para nova manifestação [...]" (Ap. Crim. n. 2003.029061-3, de Papanduva, rel. Des. Irineu João da Silva).

Passemos, pois, ao exame do mérito.

Trata-se de recurso em sentido estrito interposto pela acusação contra sentença que extinguiu a punibilidade pelo decurso do prazo decadencial para representação, pelos pais da vítima menor, quanto a crimes de estupro e de atentado violento ao pudor contra ela cometidos.

Alegou o recorrente que a vítima foi abandonada por seus pais e se encontra em abrigo para menores, pelo que entende que o conselheiro tutelar possui legitimidade para representá-la no Ministério Público.

Extrai-se dos autos que a vítima, com doze anos de idade à época, fugiu de sua casa em Joinville dias antes dos fatos narrados na denúncia e se dirigiu com outras meninas para Camboriú a fim de se prostituir.

Em diligência do conselho tutelar da cidade de Balneário Camboriú, o réu foi surpreendido quando saía de um motel em companhia da menor, razão pela qual esta foi levada para um abrigo local e aquele conduzido à Delegacia de Polícia.

Ato contínuo, o conselheiro tutelar apresentou representação criminal para abertura de inquérito e posterior deflagração de ação penal contra o denunciado.

Em entrevista psicológica realizada na fase policial, a menor declarou que sua mãe trabalhava como prostituta em Joinville, que seu relacionamento com os pais é ruim; que apanha com freqüência; que é a terceira vez que sai de casa para vir a Balneário sem nada avisar; e que sabia que seus pais iriam lhe dar uma surra e que fugiria novamente (fl. 90).

Em Juízo, a tentativa de intimação da menor para prestar informações no endereço que forneceu na Delegacia de Polícia foi infrutífera, pois sua tia informou que a menor estava abrigada no Lar Abdon Batista (fl. 98v.), no qual efetivamente foi encontrada (fl. 100v.).

Como é sabido, o Código Penal prevê, em seu art. 225, inciso I, § 2º, que a ação penal por crimes contra os costumes cuja vítima é pessoa manifestamente pobre é pública condicionada à representação.

A representação, por conseguinte, deve ser oferecida pela vítima ou por quem tenha qualidade para representá-la, conforme dicção dos §§ 1º e 2º do art. 100 do Código Penal.

Todavia, os tribunais superiores vêm entendendo que a vítima menor abandonada pode ser

representada por quem, ainda que momentaneamente, seja por ela responsável.

Já decidiu o Supremo Tribunal Federal:

"Penal. Processual penal. Crimes contra os costumes. Estupro. Menor abandonada. Representação. CP, art. 225, par. 1º, I, § 2º.

"I -- A finalidade da representação, nos crimes contra os costumes, não é acautelar os interesses do réu, mas os da ofendida e de sua família, que podem preferir o silêncio ao '*estrepitus judicii*'.

"II -- Para que o Ministério Público se torne parte legítima para intentar a ação penal, é suficiente que se manifeste pessoa de qualquer forma responsável pelo menor, ainda que o menor não resida em sua companhia.

"III -- No caso, a menor, menor abandonada, mantida em cárcere privado, conseguiu se comunicar com uma senhora vizinha, em cuja residência pediu socorro e que fez a representação. Regular a representação, que não exige formalidades maiores. Na hipótese, ademais, por se tratar de menor abandonada, a miserabilidade é presumida.

"IV -- HC indeferido" (HC n. 71378/MG, rel. Min. Marco Aurélio).

É importante reproduzir a reflexão do Ministro Paulo Brossard, constante do voto por ele proferido no julgamento acima citado:

"[...] Trata-se de crime de ação pública condicionada; dependente, portanto, de representação dos pais ou de responsável legal. Ocorre que não há pais conhecidos. Trata-se de pessoa solta no mundo, sem eira nem beira; dela nem o sobrenome se conhece, quer dizer, é um ser humano desamparado. A exigir-se o cumprimento da formalidade da representação, exigida para situações regulares e normais, chegar-se-ia à conclusão de que há determinados casos em que o crime de estupro poderia ser praticado livremente, e até de forma organizada e sistemática, porque não haveria quem representasse ao Ministério Público para que este pudesse agir [...]".

E retira-se de precedente do Superior Tribunal de Justiça:

"Processual penal. Representação. Crime contra os costumes. Admite-se a representação formulada por pessoa que, de qualquer forma, seja responsável pelo menor, ainda que momentaneamente.

"'A finalidade da representação não é acautelar os interesses do réu em ficar impune, mas os da ofendida e de sua família, que podem preferir o silêncio ao '*estrepitus judicii*' (RTJ 61/343).

"Recurso especial conhecido e provido" (REsp. n. 120698/DF, rel. Min. José Dantas).

Destarte, procedente o recurso da acusação quando argumenta "[...] que o Conselheiro Tutelar do Município Newton Achutti, responsável pela adolescente naquele momento (diga-se, a única pessoa interessada em zelar pelo bem-estar da menina), já que a mesma estava abandonada à própria sorte neste município, apesar de contar com apenas doze anos, formalizou a representação contra o denunciado, em razão da prática dos crimes de estupro e atentado violento ao pudor" (fl. 167).

Reforma-se, portanto, a decisão de fls. 152 a 158, considerando legítima a representação oferecida pelo conselheiro tutelar à fl. 28, e determina-se o retorno dos autos à origem para o exame do mérito da causa.

Decisão

Pelo exposto, afasta-se a prefacial e, no mérito, dá-se provimento ao recurso para reformar a decisão de fls. 152 a 158, a fim de que seja analisado o mérito da causa.

Participou do julgamento o Exmo. Sr. Des. Subst. José Carlos Carstens Köhler. Lavrou parecer, pela Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Paulo Antônio Günther.

Florianópolis, 1º de agosto de 2006.

Jorge Mussi,
Presidente, com voto;
Torres Marques,
Relator.

PRIMEIRA VICE-PRESIDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

SUSPENSÃO DE SEGURANÇA

SUSPENSÃO DE SEGURANÇA N. 2006.024539-6, DE ITAPEMA

Requerente: Companhia Águas de Itapema

Procuradores: Dr. Mário Vieira Marcondes Neto e outro

Requerida: Companhia Catarinense de Águas e Saneamento – Casan

Procuradores: Dr. Sady Beck Júnior e outros

Despacho

A Companhia Águas de Itapema requer, com fundamento no art. 4º da Lei n. 8.437/92, a suspensão dos efeitos da liminar concedida contra si na Ação Cautelar n. 125.06.004339-7, e mantida, em sede de cognição sumaríssima, na análise do efeito suspensivo no Agravo de Instrumento n. 2006.023312-6, proposta pela Companhia Catarinense de Águas e Saneamento -- Casan, que ordenou o bloqueio, nas contas da requerente, dos valores mensais referentes às faturas não pagas do fornecimento de água, até que se atingisse o montante total da dívida de R$ 2.405.499,97, e determinou, ainda, a transferência e manutenção das quantias à disposição do Juízo da comarca de Itapema, para posterior liberação à requerida.

Relata, em síntese, que: a) é concessionária de serviço público, e assinou contrato com a Casan em 30 de novembro de 2004; b) o contrato tem como objeto o fornecimento de água tratada para certos bairros do município de Itapema; c) em janeiro de 2005, em vista de possível falta de cumprimento da cláusula terceira do contrato, ajuizou medida cautelar inominada, em que requereu, dentre outros pedidos, a imediata instalação de medidor eletromagnético com especificação compatível, como estabelecido no instrumento contratual, e que fosse obstada a exigência do pagamento de qualquer valor à Ca-

san, relativamente ao fornecimento de água proveniente da estação de tratamento de Porto Belo, até que fosse instalado o referido medidor, para que se pudesse, seguramente, aferir o total do volume de água efetivamente enviada ao município de Itapema; d) após haver sido prolatada decisão favorável à requerente, a digna Magistrada, após inspeção judicial, revogou a liminar, por entender que o tipo de medidor encontrado na estação estaria de acordo com as regras contratuais; e) em face da revogação da decisão, a Casan, além de emitir faturas contra a concessionária, propôs medida cautelar inominada, de cunho satisfativo, para requerer o bloqueio de valores das contas da requerente, no montante que lhe parecia devido; f) com o proferimento de decisão liminar em favor da ora requerida, a Companhia Águas de Itapema, inconformada, interpôs agravo de instrumento, no qual foi negado o almejado efeito suspensivo.

Alega a requerente, a fim de obter êxito em seu pleito suspensivo, que: a) a decisão judicial, além de equivocada, causa grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas; b) por conta dos efeitos da decisão ora impugnada, está impossibilitada de saldar seus compromissos com folha de pagamento, impostos, fornecedores e investimentos; c) a manutenção da medida liminar afetará diretamente a prestação dos serviços aos usuários do sistema, uma vez que a duração do estoque de produtos químicos necessários ao adequado tratamento de água está limitado a 30 dias; os investimentos que estão sendo realizados terão que ser suspensos, o que impedirá a inauguração, prevista para agosto, de estação de tratamento de esgotos; e afetará a ampliação do sistema de tratamento de água, necessária para fazer frente à demanda da próxima temporada de verão; d) a liminar concedida desrespeita normas processuais e constitucionais; e) o serviço público de fornecimento de água e remoção de esgoto é de vital importância para a comunidade, do qual a saúde pública é diretamente dependente; f) houve, por fim, a inexigibilidade dos títulos cobrados, e que estes fazem referência, ainda, a período de tempo anterior à assinatura do contrato, o que também demonstraria a insubsistência jurídica das duplicatas.

Foi determinada, em homenagem às garantias do contraditório e da ampla defesa, a ouvida da requerida (fl. 255), que se manifestou e juntou documentos (fls. 259 a 331).

Asseverou a Companhia Catarinense de Águas e Saneamento – Casan, por sua vez, que: a) há irregularidade na representação processual da requerente; b) falta, no caso, uma das condições da ação, qual seja, a legitimidade ativa

ad causam; c) além de não receber os valores que lhe são devidos, acabou por despender a mesma quantia para manter em operação o sistema de abastecimento de água de Porto Belo, enquanto a requerente, por conta do não-cumprimento de suas obrigações financeiras contratuais, auferia lucro de quase 300% neste período; d) por meio de vistoria judicial realizada pelo Juízo de Itapema, está demonstrado o devido cumprimento do contrato, com a presença, em local adequado, de macromedidor capaz de aferir, com correção, o volume de água fornecido à requerente; e) o ajuizamento de ação cautelar pela Cia. de Águas de Itapema teria o objetivo de suspender a exigibilidade das faturas emitidas pela Casan e, ainda, impedir o protesto dos referidos títulos. Continua a requerida, no que tange à argumentação acerca da ocorrência de lesão, afirmando que: f) a medida restritiva do Juízo de Itapema não seria capaz de gerar o dano alegado, já que a requerida vende água para a requerente a R$ 0,67 o metro cúbico, ao passo que esta a revende por R$ 1,6662 o metro cúbico aos usuários do sistema; g) há um preço mínimo a ser pago pelos munícipes à Cia. de Águas, equivalente a 10 metros cúbicos, mesmo que não haja a efetiva utilização da água, o que incrementaria os ganhos da requerente; h) quem está sofrendo prejuízo com a situação é, ao contrário do alegado na exordial, a própria Casan, por conta da inadimplência de quase dois anos da requerente; i) o dano só não é maior, ademais, por conta da utilização, pela Casan, do chamado "subsídio cruzado", mecanismo compensatório pelo qual sistemas superavitários do Estado de Santa Catarina cobrem parte dos prejuízos de sistemas deficitários; j) a perda da operação de outros importantes sistemas superavitários torna imprescindível que a Casan busque receber de seus devedores os valores que lhe são devidos, a fim de evitar a paralisação dos atuais sistemas sob sua responsabilidade, o que implicaria em prejuízos aos demais usuários do Estado; k) recebe a requerente, verdadeiramente, mais do que os R$ 600.000,00 (seiscentos mil reais) mensais inicialmente alegados; l) é perfeitamente possível e jurídico o pedido cautelar apresentado no primeiro grau de jurisdição. Esta alegação encontra-se arrimada em jurisprudência da Corte catarinense, para casos semelhantes, já tendo sido, de conseguinte, ajuizada a ação principal na origem.

É o relatório.

Preliminarmente, é de se notar que houve a regularização, em tempo, da representação da postulante, motivo pelo qual resultou desnecessária a determinação de suspensão do processo para a adequação do instrumento de mandato.

Ainda antes de se adentrar no mérito da suspensão, cumpre destacar, na esteira de decisões dos tribunais superiores, que a concessionária em questão possui, neste caso concreto, legitimidade ativa *ad causam* para requerer a suspensão da eficácia da liminar. E isso porque não se pode afirmar, em um juízo não exauriente, que não estaria a requerente na defesa de interesse público, já que, em tese e em virtude de contrato administrativo, poderia haver repercussão da medida judicial na prestação do serviço público cujo exercício a ela compete.

Conforme já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, "As entidades de direito privado no exercício de atividades delegadas da Administração Pública e em defesa do interesse público têm legitimidade para requerer a suspensão de liminar nos termos da Lei n. 8.437/92, art. 4º e Lei n. 4.384/64, conforme precedentes do Supremo Tribunal Federal e desta Corte" (Corte Especial – AgRg na Suspensão de Tutela Antecipada 66/MA – julgado em 25-10-2004 – publicado no DJ 6-12-2004, p. 171).

Superados esses antecedentes lógicos, cumpre destacar, prefacialmente, que o exame dos argumentos relativos ao descumprimento de cláusulas contratuais, a atuação da digna Magistrada em face do cenário probatório, ao hipotético desrespeito de normas processuais e constitucionais contido na liminar, bem como a legitimidade da dívida existente entre os interessados e das medidas judiciais intentadas até o momento, tudo isso refoge ao âmbito da medida de suspensão da eficácia de decisões judiciais, cuja cognição, como se sabe, é parcial e sumária.

Ora, a suspensão da liminar enfocada, além de não se constituir em sucedâneo de recurso, é uma medida excepcionalíssima, que tem por objetivo evitar lesão grave ao interesse público e cuja vulgarização deve ser evitada, a fim de serem preservados seus contornos e finalidades originais. A sua concessão, por isso, está rigorosamente adstrita à efetiva comprovação da ocorrência de dano grave à ordem, à saúde, à economia ou à segurança públicas.

No que tange, especificamente, ao mérito do pleito suspensivo, e em que pese a extensa narrativa realizada pela requerente (fls. 1 a 44), observa-se, por importante, que a concessionária não se desincumbiu, de maneira satisfatória, do ônus de provar a existência dos fatos alegados (art. 333, I, CPC).

Por certo que, diante dos documentos acostados pela interessada, não se pode realizar um juízo positivo acerca de suas alegações.

De fato, a argumentação de que a Cia. de Águas de Itapema estaria, por força da eficácia da medida

liminar, impossibilitada de saldar seus compromissos com folha de pagamento, impostos, fornecedores e investimentos não encontra respaldo nos documentos acostados aos autos desta suspensão de segurança.

No caso em espécie, ainda de acordo com a postulante, a lesão grave à saúde pública estaria materializada no óbice ao prosseguimento da atividade da concessionária, que implicaria, de conseguinte, na má execução de um serviço de vital importância aos usuários do sistema, cujos prejuízos seriam evidentes.

Saliente-se, por imperativo lógico, que, para se concluir positivamente acerca da efetiva imprescindibilidade da soma eventualmente bloqueada para o cumprimento de suas obrigações, seria necessário ocorrer a cabal demonstração de qual a influência e participação daquela quantia acautelada na situação econômica da empresa. E isso, *venia concessa*, não foi comprovado.

Nessa linha de raciocínio, é de se atentar que nem mesmo foram trazidas informações aos autos sobre o exato quantitativo efetivamente bloqueado, nem sobre a importância (se é que ela existe) que ainda estaria disponível para que a requerida pudesse fazer frente às suas necessidades empresariais. As alegações da requerente permanecem, até o momento, no plano hipotético, sem substrato nos autos capaz de corroborá-las. E, relembre-se, a medida de suspensão de segurança e os demais processos judiciais não são sedes propícias a conjecturas e presunções não impostas por lei, nem é dado ao magistrado julgar com base nelas.

Nesse exato contexto, uma pergunta de envergadura ímpar para o deslinde desta causa, e de vital importância para possível deferimento de suspensão da eficácia da medida liminar objurgada, ainda não foi respondida: qual o efetivo impacto que a medida judicial de bloqueio dos valores causa na realidade financeira da concessionária?

Em outras palavras: Em que medida a liminar guerreada repercutirá na atuação empresarial da concessionária? Até o momento, não há condições, pelo escasso conjunto probatório constante nos autos, de se responder a essas perguntas, o que impede, por conseguinte, o deferimento da suspensão nos moldes pleiteados pela interessada.

Por outro lado, não se pode desconsiderar, por medida de cautela, que, em havendo o efetivo levantamento da quantia depositada em juízo neste momento processual, marcado pela provisoriedade, configurar-se-ia prejuízo evidente à concessionária e, conseqüentemente, aos usuários do sistema.

Portanto, tendo em vista a necessidade de se evitar o desapossamento definitivo no numerário bloqueado, até que ocorra o julgamento final da lide – até porque estar-se-ia, nessa hipótese, tratando de cautelar de cunho satisfativo, o que não é o caso –, é prudente que se suspenda, em parte, os efeitos da decisão ora impugnada, somente para evitar que sejam os valores acautelados liberados da conta judicial e transferidos definitivamente à requerida.

Frise-se, por oportuno, que – se for o caso – nada impede (ao contrário, o munus público no qual é investida recomenda) que a requerente, munida de provas contundentes de suas alegações, peticione no juízo de primeiro grau, que saberá, como sói ocorre naquele foro, levar em consideração a saúde financeira da empresa e a efetiva necessidade dos munícipes, a fim de obter o levantamento do quantitativo suficiente ao gerenciamento financeiro de suas qualificadas obrigações de concessionária de serviço público.

Advirta-se, ao cabo, que, em casos portadores das especificidades aqui presentes, ainda que cabalmente demonstrado o prejuízo financeiro da concessionária, não poderia o julgador (nem deveria) desconsiderar a possibilidade de ocorrência do chamado dano inverso, que deixa de ser apreciado, no momento, por conta da inexistência de seu antecedente lógico, qual seja, a comprovação de grave lesão ao interesse público defendido pela Cia. Águas de Itapema.

Por tais fundamentos, defiro parcialmente o pedido de suspensão da eficácia da liminar, somente para evitar que os valores acautelados sejam liberados da conta judicial e transferidos definitivamente à requerida.

Comunique-se, via fac-símile, à digna Magistrada prolatora da decisão impugnada.

Intime-se.

Florianópolis, 3 de agosto de 2006.

Eládio Torret Rocha,
1º Vice-Presidente.

SEGUNDA VICE-PRESIDÊNCIA
DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSOS ESPECIAIS NAS APELAÇÕES CÍVEIS

RECURSO ESPECIAL EM APELAÇÃO CÍVEL N. 2004.014677-9/0001.00, DE ITAJAÍ

Recorrente: Município de Itajaí

Advogados: Drs. André Rupolo Gomes e outros

Recorrido: Alessandro de Souza

Advogados: Drs. Laurinho Aldemiro Poerner e outros

Despacho

O município de Itajaí interpôs recurso especial (alínea *a*) contra acórdão da Terceira Câmara de Direito Público, que, por votação unânime, deu provimento parcial à apelação cível do autor (fls. 119 a 124).

Alegou afronta aos arts. 1º do Decreto n. 20.910/32, 132 do Código Civil e 175 e 184 do Código de Processo Civil, ante o decurso do prazo prescricional.

Contra-razões às fls. 144 e 145.

A Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se às fls. 150 a 152.

É o relatório.

O recurso é tempestivo, a procuração está à fl. 128, e o preparo é dispensado; contudo, não pode ter seguimento por pautar-se em premissas insubsistentes, mesmo no exame perfunctório de admissibilidade.

Com efeito, não se verifica nenhum malferimento aos arts. 1º do Decreto n. 20.910/32, 132 do Código Civil e 175 e 184 do Código de Processo Civil, pois ficou assentado no acórdão que o prazo prescricional, nas ações de indenização movidas contra a Fazenda Pública, é de 5 (cinco) anos, a contar da data do evento danoso e, *in casu*, o recorrido

ajuizou a presente demanda na data do seu termo final.

Saliente-se que, estando a prescrição sujeita às regras gerais de contagem dos prazos processuais, incide o disposto no § 1º do art. 184 do CPC, *in verbis*:

"Salvo disposição em contrário, computar-se-ão os prazos, excluindo o dia do começo e incluindo o do vencimento.

"§ 1º Considera-se prorrogado o prazo até o primeiro dia útil se o vencimento cair em feriado ou em dia que:

"I – for determinado o fechamento do fórum;

"II – o expediente forense for encerrado antes da hora normal.

[...]

Importante ressaltar, ainda, que, segundo o posicionamento do STJ, a prescrição teve seu prazo interrompido no momento do protocolo da ação, uma vez que a citação tardia não pode ser imputada ao requerente.

Nesse sentido:

"Processual civil. Agravo de instrumento. Recurso especial. Alegação de ofensa ao art. 535 do CPC. Omissão não configurada. Indenização por acidente de trânsito. Prazo prescricional. Data de distribuição da ação.

"1 Não viola o artigo 535 do CPC, nem importa negativa de prestação jurisdicional, o acórdão que, mesmo sem ter examinado individualmente cada um dos argumentos trazidos pelo vencido, adotou, entretanto, fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia posta.

"2 O prazo prescricional é interrompido quando da protocolização da petição inicial, excepcionando-se as hipóteses de inépcia desta peça ou de culpa do demandante por demora na distribuição ou na citação (REsp. n. 204730/PB, rel. Min. Fernando Gonçalves, 4ª Turma, DJ 2-8-2004; REsp. n. 262.839/PB, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, 4ª Turma, DJ 16-10-2000; REsp. n. 38.963/SP, rel. Min. Adhemar Maciel, 6ª Turma, DJ 29-11-1993; REsp n. 29.701/RJ, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, 4ª Turma, DJ 20-9-1993).

"3 Recurso especial a que se nega provimento" (REsp n. 791.604/RS, rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, publ. DJ 19-12-2005, p. 285).

E, ainda:

"Civil e processual. Ação de indenização. Dano moral. Lei de imprensa. Distribuição do processo antes do lapso decadencial do art. 56. Súmula 106/STJ.

"I. 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 de prescrição ou decadência" (Súmula 106/STJ).

"II. Recurso especial conhecido e provido, para determinar ao juízo singular a apreciação do mérito da ação indenizatória" (REsp. n. 61.484/SP, rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, Quarta Turma, publ. DJ 19-2-2001, p. 172).

Assim, é de aplicar-se o enunciado da Súmula 83, segundo a qual "Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida", enunciado que tem sido admitido pelo STJ mesmo nas hipóteses de recurso fundado na alínea *a*:

"A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça firmou já entendimento no sentido de que o Enunciado n. 83 de sua Súmula não se restringe aos recursos especiais interpostos com fundamento na alínea *c* do permissivo constitucional, sendo também aplicável nos recursos fundados na alínea *a*" (AGA n. 507.707/SP, rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 9-12-03).

Por todo o exposto, nego seguimento ao recurso.

Publique-se.

Intime-se.

Florianópolis, 27 de setembro de 2006.

Cláudio Barreto Dutra,
2º Vice-Presidente.

RECURSO ESPECIAL NA APELAÇÃO CÍVEL N. 2005.041852-5/0002.00, DA CAPITAL

Recorrente: Estado de Santa Catarina

Procurador: Dr. Carlos Alberto Prestes

Recorrido: Município de Bom Jardim da Serra

Advogados: Dr. Érico Hack e outro

DESPACHO

O Estado de Santa Catarina interpôs recurso especial (alíneas *a* e *c*) contra acórdão da Terceira Câmara de Direito Público que deu provimento ao apelo do recorrido, declarando ilegal a retenção do incentivo instituído na Lei Estadual

n. 11.345/2000 – o Programa de Desenvolvimento da Empresa Catarinense (Prodec), de parte da cota do ICMS pertencente ao Município.

Aduz violação aos artigos 35 da Lei n. 4.320/64, e 24, I, e 158, IV, da Constituição Federal, porquanto entende que somente há receita quando o numerário ingressa de forma efetiva.

Afirma divergência jurisprudencial com o STJ (fls. 269 *a* 282).

Com as contra-razões (fls. 306 a 315), a Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se às fls. 338 a 340, abstendo-se de intervir.

É o relatório.

O recurso é tempestivo; contudo, não pode ter seguimento.

No tocante à alínea *a*, o que se discute é o momento em que se deve dar a transferência da cota garantida no art. 158, IV, da Constituição Federal, relativamente aos valores utilizados no Prodec.

A matéria, portanto, é de índole constitucional, conforme se pronunciou o STJ na SS n. 1.102 (rel. Min. Nilson Naves, DJ 5-11-2002). Portanto, não há falar em ofensa à lei federal, a exemplo do art. 35 da Lei n. 4.320/64. O STF, aliás, já se declarou competente para decidi-la – v.g. SS n. 2.187 AgR, SS n. 2.235, 2.382, 2.395 e 2.465.

Equivoca-se também no tocante aos artigos 24, I, e 158, IV, da Constituição Federal, já que a hipótese é cabível apenas em sede de recurso extraordinário, nos termos do art. 102, III, *a*, da Carta Magna.

A propósito:

"A competência atribuída pelo art. 105, III, da Constituição Federal ao STJ restringe-se à uniformização da interpretação da legislação infraconstitucional, sendo inviável a apreciação, por esta Corte, de matéria constitucional" (REsp. n. 738.608/SP, rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ 7-11-2005).

Quanto ao mencionado dissídio jurisprudencial, este não foi comprovado. O conhecimento pela alínea *c* pressupõe a comprovação da divergência, o que se faz com a juntada de cópia autenticada da íntegra dos acórdãos apontados como paradigma ou a citação de repositório oficial, assim como a realização do devido cotejo analítico.

No caso, o recorrente deixou de cumprir todos esses requisitos, limitando-se a transcrever a ementa tida como paradigma, expediente que, por certo, não satisfaz as exi-

gências constantes nos artigos 255 do RISTJ e 541, parágrafo único, do Código de Processo Civil.

Baseado nisso, nego seguimento.

Publique-se.

Intimem-se.

Florianópolis, 18 de setembro de 2006.

Cláudio Barreto Dutra,

2º Vice-Presidente.

RECURSO ESPECIAL NA APELAÇÃO CRIMINAL

RECURSO ESPECIAL NA APELAÇÃO CRIMINAL N. 2005.024411-9 /0001.00, DE LAGES

Recorrente: Ministério Público Estadual

Procurador: Dr. Paulo Roberto Speck

Recorrido: João Agostinho da Silva Sutil

Advogados: Drs. Luciano Tavares e outro

Recorrido: Antonio Scotti

Advogado: Dr. Celso José Wernke

Recorrido: Adelino Roberto Toigo

Advogado: Dr. Odir Marin Filho

Recorrido: Luiz Carlos Freitas de Souza

Advogados: Drs. Luciano Tavares e outro

Recorrido: João Antônio de Oliveira Valle

Advogados: Drs. Luciano Tavares e outro

Despacho

O representante do Ministério Público interpôs recurso especial (alíneas *a* e *c*), em razão de o acórdão proferido pela Primeira Câmara Criminal, por votação unânime, ter negado provimento ao seu apelo (fls. 1.976 a 2.009).

Alegou, em síntese, contrariedade ao disposto no art. 8º, V, da Lei Complementar n. 75/1993 (Lei Orgânica do Ministério Público da União), bem como divergência jurisprudencial com o Superior Tribunal de Justiça (fls. 2.014 a 2.044).

Contra-razões às fls. 2.101 a 2.127; 2.189 a 2.212; 2.247 a 2.268; 2.288 a 2.309; 2.339 a 2.346.

É o relatório.

A intimação do recorrente deu-se pessoalmente (art. 41 da Lei n. 8.625/93) em 17 de janeiro de 2006 (certidão de fl. 2.010). Considerando a interposição no dia 1º de fevereiro desse mesmo ano, tem-se como tempestivo o especial.

Em relação à análise do recurso pela alínea *a*, merece ascender. Isso porque, consoante o entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça, o Ministério Público tem competência para realizar diligências investigatórias de fatos ligados à sua atuação.

Nesse sentido:

"*Habeas corpus*. Tráfico de drogas e concussão. Policiais civis. Condenação. Ministério público. Poderes de investigação. Legitimidade.

"1 A legitimidade do Ministério Público para realizar diligências investigatórias decorre de expressa previsão constitucional, oportunamente regulamentada pela Lei Complementar n. 75/93.

"2 É consectário lógico da própria função do órgão ministerial – titular exclusivo da ação penal pública – proceder à coleta de elementos de convicção, a fim de elucidar a materialidade do crime e os indícios de autoria" (HC n. 41875/SC, rela. Mina. Laurita Vaz, DJ 3-10-2005).

Relativamente à alinea *c*, também deve subir, pois o recorrente comprovou o dissenso pretoriano, procedendo ao devido cotejo analítico entre o acórdão local e o julgado-paradigma, bem como juntou a cópia integral deste, atendendo aos requisitos do art. 255 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça (fls. 2.045 e s.).

Baseado nisso, dou seguimento ao especial.

Publique-se.

Intime-se.

Florianópolis, 18 de setembro de 2006.

Cláudio Barreto Dutra,
2º Vice-Presidente.

TERCEIRA VICE-PRESIDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MEDIDA CAUTELAR INCIDENTAL EM RECURSO ESPECIAL EM APELAÇÃO CÍVEL

MEDIDA CAUTELAR INCIDENTAL EM RECURSO ESPECIAL EM APELAÇÃO CÍVEL N. 2006.003332-0/0001.01, DE ITAJAÍ

Requerente: Lurdes Bernardete Falbretti

Advogado: Dr. Antônio Ballestero Garcia (5954/SC)

Requerido: Banco ABN AMRO S. A.

Advogados: Drs. Márcio Rubens Passold (12826/SC) e outro

Despacho

I – Lurdes Bernardete Falbretti aforou medida cautelar incidental, com pedido liminar, objetivando a retirada do seu nome dos órgãos de proteção ao crédito, em virtude de estar discutindo judicialmente o débito com o requerido.

Alegou a requerente, em síntese, que a negativação do seu nome nos órgãos de proteção ao crédito acarretar-lhe-á prejuízos, pois não poderá exercer atos de comércio, a caracterizar o *periculum in mora*, notadamente pela possibilidade de perda do financiamento da casa própria.

Requereu o deferimento de liminar e a procedência do pedido inicial formulado, a fim de que seu nome seja excluído do rol de inadimplentes da Serasa (fls. 2 e 3).

É o necessário relatório.

II – Busca a requerente suspender os efeitos do acórdão que deu provimento parcial à apelação cível interposta pelo ora requerido.

Reza o art. 798 do CPC:

"Além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Capítulo II deste Livro, poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de

que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação".

O exercício do poder de cautela do juiz, previsto no artigo supra, não dispensa a comprovação, ainda que perfunctória, da existência dos requisitos do *fumus boni juris* e do *periculum in mora*.

A respeito, já decidiu este egrégio Tribunal de Justiça:

"O deferimento de liminar em medida cautelar inominada é ato decorrente do prudente arbítrio do Juiz e insere-se no poder de cautela que lhe é inerente, bastando, para tanto, que vislumbre nos elementos de convicção oferecidos pela parte os requisitos do *fumus boni juris* e do *periculum in mora*, afastando o risco de prejuízo de que procura o requerente legitimamente resguardar-se" (AI n. 96.005363-8 – rel. Des. Cláudio Barreto Dutra).

In casu, indubitável a presença do *periculum in mora*, porque a manutenção de seu nome nos cadastros mantidos pela Serasa impedirá a requerente de ter aprovado o financiamento da casa própria, em virtude de sua suposta inadimplência.

No tocante ao *fumus boni juris*, esse ficou caracterizado, em face do acolhimento, em parte, dos pedidos iniciais formulados, com a conseqüente revisão do contrato celebrado entre as partes.

Nesse diapasão, colhe-se dos julgados deste egrégio Tribunal de Justiça:

"A teor do art. 798 do Código de Processo Civil, é conferido ao juiz o poder geral de cautela, autorizando-o a determinar as medidas provisórias adequadas, desde que presentes os requisitos do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris*, mormente a possibilidade de intervenção judicial que visa ao afastamento de dirigentes de empresa, nas hipóteses de má administração" (AI n. 2004.024152-6 -- rel. Des. Fernando Carioni).

E:

"Medida cautelar incidental à ação revisional – Retirada do nome do devedor dos cadastros dos órgãos de proteção ao crédito – Desprovimento.

Em se tratando de ação revisional de saldo devedor em conta corrente, é de se obstar eventual inscrição do devedor nos cadastros dos órgãos de proteção ao crédito, justamente porque não é possível delimitar o *quantum debeatur*, bastando, assim, a simples discussão em juízo" (Ap. Cív. n. 2001.000377-0 e 2001.000376-2 – rel. Des. Alcides Aguiar).

Destarte, caracterizados o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*, defere-se a liminar requerida.

III – Ante o exposto, concede-se a medida liminar requestada, a

fim de excluir o nome da requerente, Lurdes Bernardete Falbretti, dos cadastros da Serasa.

Oficie-se à Serasa por fax, com urgência, para cumprimento imediato da medida.

Após, apensem-se estes autos ao processo principal, a teor do art. 809 do CPC.

Custas de lei.

Publique-se e intimem-se.

Florianópolis, 14 de dezembro de 2006.

Des. Wilson Augusto do Nascimento,
3º Vice-Presidente.

RECURSO ESPECIAL EM APELAÇÃO CÍVEL

RECURSO ESPECIAL EM APELAÇÃO CÍVEL N. 2001.003758-0/0002.00, DE BLUMENAU

Recorrente: ABN AMRO Arrendamento Mercantil S. A.

Advogados: Drs. Paulo Guilherme Pfau (1799/SC) e outro

Recorrida: Sonia Maria Scheidemantel

Advogado: Dr. César Augusto Wolff (13606/SC)

Despacho

I -- ABN AMRO Arrendamento Mercantil S. A. interpôs recurso especial, com fulcro no art. 105, III, alíneas *a* e *c*, da Constituição Federal, em razão do acórdão de fls. 301 a 314, que, por votação unânime, deu provimento à apelação cível, para reconhecer o contrato *sub judice* como de compra e venda a prazo, declarando nula a cláusula que estabeleceu o reajuste monetário com base no índice de variação do dólar, substituindo-o pelo INPC, e, de ofício, afastou a comissão de permanência e reduziu a multa contratual para 2% (dois por cento).

Foram opostos embargos declaratórios pela instituição financeira (fls. 319 a 325) e pela ora recorrida (fls. 327 e 328), sendo ambos rejeitados pelo acórdão de fls. 335 a 343.

A recorrente alegou, em síntese, que o acórdão atacado violou os arts. 128, 332, 460 e 515 do Código de Processo Civil; 104, 112, 122, 174 e 175, todos do atual Código Civil; 6º, § 1º, da Lei de Introdução ao Código Civil; 1º, parágrafo único, 5º, 7º e 23, *a*, da Lei n. 6.099/74; 2º, 3º e 6º, V, do Código de Defesa do Consumidor; 1º do Decreto-Lei n. 857/69; 6º da Lei n. 8.880/94; 28, § 4º, II, da Lei n. 9.069/95; 2º, 3º, V, 4º, VI e VIII, e 9º, todos da Lei n. 4.595/64; 4º, 7º, VII, a, e 9º da Resolução n. 2.309/96 e

1º da Circular n. 2.463/94, ambas do Bacen.

Asseverou, ainda, a existência de divergência jurisprudencial no tocante à descaracterização do contrato de arrendamento mercantil para compra e venda a prazo pelo pagamento antecipado do VRG; à incidência das normas do Código de Defesa do Consumidor; à cobrança da comissão de permanência e à comprovação da captação de recursos provenientes do exterior.

Foram apresentadas contrarazões às fls. 442 a 452.

II – A insurgência não merece ascender quanto à alegada ofensa aos arts. 128, 332, 460 e 515 do CPC; 104, 112, 122, 174 e 175 do CC/02; 1º, parágrafo único, 5º, 7º e 23, *a*, da Lei n. 6.099/74; 1º do Decreto-Lei n. 857/69; 28, § 4º, II, da Lei n. 9.069/95; e 2º, 3º, V, 4º, VI e VIII, e 9º da Lei n. 4.595/64, por óbice à Súmula 282 do STF, aplicável analogamente ao caso dos autos, porquanto ausente um de seus requisitos específicos de admissibilidade, qual seja, o prequestionamento dos dispositivos mencionados, em razão de o acórdão recorrido não se ter manifestado sobre eles.

Acerca da matéria, colhe-se decisão do Superior Tribunal de Justiça:

"[...] Configura-se o prequestionamento quando a causa tenha sido decidida à luz da legislação federal indicada, com emissão de juízo de valor acerca dos respectivos dispositivos legais, interpretando-se sua aplicação ou não ao caso concreto, não bastando a simples menção a tais dispositivos" (AgRg no REsp. n. 623.320/DF, rela. Mina. Eliana Calmon, DJU de 6-2-06, p. 245).

Outrossim, o recurso tem sua admissibilidade vedada em relação à sustentada afronta ao art. 6º, § 1º, da LICC, pois não compete ao Superior Tribunal de Justiça "analisar a suposta afronta ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada, com fundamento na Lei de Introdução ao Código Civil -- LICC, arts. 2º, § 1º, e 6º, *caput,* e § 2º, porquanto, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, estes institutos alçaram status constitucional (art. 5º, XXXVI), sendo nela expressamente previstos" (REsp n. 437.747/SC, rel. Min. Jorge Scartezzini, DJU de 12-5-03, p. 328). Deve ser observada, neste caso, a competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal, a teor do disposto no art. 102, III, da CF/88.

No tocante aos arts. 4º, 7º, VII, a, e 9º da Resolução n. 2.309/96 e 1º da Circular n. 2.463/94 do Bacen, o reclamo não pode ascender, porque o Superior Tribunal de Justiça "já firmou entendimento no sentido de que as portarias ministeriais, circulares, resoluções, instruções normativas e outras disposições administrativas não estão inseridas no conceito de

lei federal, não ensejando, portanto, a interposição de recurso especial" (REsp. n. 514.775/RS, Min. Paulo Gallotti, DJU de 5-9-03, p. 465).

A insurgência também não merece prosperar pelas alíneas *a* e *c*, quanto à alegada violação ao art. 6º da Lei n. 8.880/94 e ao dissenso relativo à comprovação da captação de recursos provenientes do exterior, por óbice à Súmula 7/STJ, porquanto a decisão atacada amparou-se no acervo probatório da demanda para emitir juízo de valor acerca da questão.

Em situação análoga, manifestou-se a Corte Superior:

"Agravo interno – Agravo de instrumento – Arrendamento mercantil – Variação cambial – Súmula 7/STJ.

"I – A forte desvalorização do real frente à moeda norte-americana, ocorrida em janeiro de 1999, evento objetivo e inesperado, impôs excessiva onerosidade ao consumidor. Assim, não comprovada a captação dos recursos no exterior, merece revisão a cláusula contratual que estabeleceu a atualização monetária com base na variação cambial (artigo 6º, V, do Código de Defesa do Consumidor), para evitar o locupletamento de um contratante em detrimento do outro.

"II -- Afirmado pelo acórdão recorrido que a empresa de arrendamento mercantil não comprovou a utilização dos recursos externos para a aquisição do bem arrendado, a questão não pode ser reapreciada em sede de recurso especial, por expressa vedação do Enunciado n. 7 da Súmula desta Corte.

"Agravo improvido" (AgRg no Ag n. 433.488/RS, rel. Min. Castro Filho, DJU de 7-10-02, p. 254).

Por sua vez, no que tange às alíneas *a* e *c*, relativamente à sustentada afronta aos arts. 2º, 3º e 6º, V, do CDC e dissenso pretoriano acerca da incidência da legislação consumerista ao contrato em tela, o reclamo tem sua admissibilidade vedada pelo teor da Súmula 83/STJ, pois a Corte Superior pacificou o entendimento de que a legislação consumerista é aplicável às instituições financeiras, consoante a Súmula 297:

"No que tange ao CDC (Código de Defesa do Consumidor), esta Corte tem entendido que é aplicável às instituições financeiras. Incidência da Súmula 297/STJ. Precedentes (AgRg no REsp. n. 528.247/RS, dentre inúmeros outros)" (AgRg no REsp. n. 791.061/RS, rel. Min. Jorge Scartezzini, DJU de 6-3-06, p. 414).

O recurso igualmente não merece prosperar no que concerne ao suscitado dissenso relativo à cobrança da comissão de permanência e à descaracterização do contrato de arrendamento mercantil, pois se

verifica a ausência de indicação dos dispositivos infraconstitucionais em torno dos quais teria havido interpretação divergente por outros tribunais, o que obsta a ascensão do reclamo especial.

Nesse sentido, haure-se precedente:

"A ausência de indicação dos dispositivos em torno dos quais teria havido interpretação divergente por outros tribunais não autoriza o conhecimento do recurso especial, quando interposto com base na alínea *c* do permissivo constitucional (Súmula 284/STF)" (REsp n. 773.265/SP, Min. Teori Albino Zavascki, DJU de 13-2-06, p. 709).

III – Ante o exposto, não se admite o recurso.

Intimem-se.

Florianópolis, 30 de agosto de 2006.

Des. Wilson Augusto do Nascimento,
3º Vice-Presidente.

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 2006.017817-4/0001.00, DA ITAJAÍ

Recorrentes: Anselmo Casini e Fátima S. Casini

Advogados: Drs. Fabrício Marinho e outro

Recorridos: Wanduir Corrêa e outro

Advogado: Dr. Laudelino João da Veiga Netto

DESPACHO

Anselmo Casini e Fátima Shehadeh Casini interpuseram recurso ordinário, com fulcro no art. 105, II, alínea *b*, da Constituição da República, contra decisão monocrática de fls. 314 a 317 que, nos autos do mandado de segurança impetrado contra ato do Exmo. Sr. Juiz de Direito da 2ª Vara Cível da comarca de Itajaí, indeferiu a inicial, na forma do art. 8º da Lei n. 1.533/51 (fls. 320 a 332).

É o breve relatório.

O Superior Tribunal de Justiça, no RMS n. 8784/MA, da lavra do Ministro Adhemar Maciel (j. 6-10-97) decidiu que "compete aos Presidentes ou aos Vice-Presidentes dos Tribunais Estaduais ou Regionais proferir o primeiro juízo de admissibilidade do recurso ordinário. Não satisfeitos quaisquer dos requisitos de admissibilidade, o recurso deverá ser inadmitido, deixando de ser enviado ao STJ".

Reza o art. 105 da CF/88:

"Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

[...]

"II – julgar, em recurso ordinário:

[...]

"b) os mandados de segurança decididos em única instância pelos Tribunais Regionais Federais

ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando denegatória a decisão".

In casu, a insurgência não merece ascender à superior instância, pois se verifica que a inicial do *mandamus* foi indeferida monocraticamente, de modo que o Tribunal somente teria decidido em única instância após a interposição do agravo regimental, requisito necessário ao processamento do recurso ordinário, nos termos do art. 195, § 1º, do Regimento Interno:

"A parte que se considerar prejudicada por decisão do presidente, ou do relator, poderá dela agravar, conforme o caso, para o Tribunal Pleno, para a Câmara competente ou para as Câmaras Civis Reunidas, no prazo de quarenta e oito horas, contado da intimação, salvo disposição em contrário.

"§ 1º -- O prazo para a interposição do agravo será de cinco dias, nos casos previstos nos arts. 8º, parágrafo único, e 13, da Lei n. 1.533, de 31 de dezembro de 1951".

Assim, contra a decisão unipessoal que extinguiu o mandado de segurança seria cabível agravo regimental ao Grupo de Câmaras de Direito Público.

Em hipótese análoga já se pronunciou o Superior Tribunal de Justiça:

"Recurso ordinário. Processual. Mandado de segurança. Competência do Tribunal de Justiça. Julgamento pelo relator. Decisão monocrática. Regimento interno. Previsão de agravo regimental. Recurso cabível. Unicidade de recurso. Ordinário descabido.

"Pacífica é a jurisprudência no sentido de que o recurso cabível de decisão monocrática em mandado de segurança de competência de tribunal, se previsto, é o agravo regimental. Precedentes. Assim, não merece ser conhecido o recurso ordinário contra despacho do relator que indeferiu liminarmente o *mandamus*, uma vez que o Regimento Interno do Tribunal *a quo* prevê agravo regimental para a espécie. Decorrência do princípio da unicidade dos recursos. Recurso ordinário não conhecido" (RMS n. 15489/SC, rel. Min. Paulo Medina, DJU de 9-12-03).

Ante o exposto, nega-se seguimento ao recurso.

Intimem-se.

Florianópolis, 27 de julho de 2006.

Des. Wilson Augusto do Nascimento,
3º Vice-Presidente.

RELAÇÃO DAS COMARCAS
DO ESTADO DE SANTA CATARINA

RELAÇÃO DAS COMARCAS DO ESTADO DE SANTA CATARINA

Fórum da Comarca de Abelardo Luz
Av. Padre João Smedt, 1.667 — Centro
CEP: 89830-000 — Abelardo Luz
Telefone: (49) 445-4207

Fórum da Comarca de Anchieta
Av. Anchieta, 722 — Centro
CEP: 89970-000 — Anchieta
Telefone: (49) 653-3000

Fórum da Comarca de Anita Garibaldi
Rua Vidal Ramos Júnior, s/n — Centro
CEP: 88590-000 — Anita Garibaldi
Telefone: (49) 543-5301

Fórum da Comarca de Araquari
Rua Antonio Ramos Alvim, 500 — Centro
CEP: 89245-000 — Araquari
Telefone: (47) 447-7503

Fórum da Comarca de Araranguá
Rua Cel. João Fernandes, 195 — Centro
CEP: 88900-000 — Araranguá
Telefone: (48) 522-0204

Fórum da Comarca de Armazém
Rua Antônio David Filet, s/n — Centro
CEP: 88740-000 — Armazém
Telefone: (48) 645-4200

Fórum da Comarca de Ascurra
Rua Padre Simão Majcher, 65 — Centro
CEP: 89138-000 — Ascurra
Telefone: (47) 383-3300

Fórum da Comarca de Balneário Camboriú
Av. das Flores, s/n — Bairro dos Estados
CEP: 88330-000 — Balneário Camboriú
Telefone: (47) 261-1700

Fórum da Comarca de Barra Velha
Rua Vice-Prefeito José do Patrocínio de Oliveira, 1.003 — Centro
CEP: 88390-000 — Barra Velha
Telefone: (47) 446-7500

Fórum da Comarca de Biguaçu
Rua Rio Branco, 29 — Centro
CEP: 88160-000 — Biguaçu
Telefone: (48) 279-9200

Fórum da Comarca de Blumenau
Rua Elesbão Pinto, 620 — Bairro da Velha
CEP: 89036-200 — Blumenau
Telefone: (47) 321-9200

Fórum da Comarca de Bom Retiro
Rua 14 de Janeiro, 165 — Centro
CEP: 88680-000 — Bom Retiro
Telefone: (49) 277-3000

Fórum da Comarca de Braço do Norte
Rua Jorge Lacerda, s/n (Pça. Padre Roher) — Centro
CEP: 88750-000 — Braço do Norte
Telefone: (48) 658-9200

Fórum da Comarca de Brusque
Praça das Bandeiras, s/n — Centro
CEP: 88350-051 — Brusque
Telefone: (47) 251-1500

Fórum da Comarca de Caçador
Rua Conselheiro Mafra, 790 — Centro
CEP: 89500-000 — Caçador
Telefone: (49) 561-2500

Fórum da Comarca de Camboriú
Rua Goiânia, 104 — Centro
CEP: 88340-000 — Camboriú
Telefone: (47) 365-2440

Fórum da Comarca de Campo Belo do Sul
Rua Major Teodósio Furtado, 30 — Centro
CEP: 88580-000 — Campo Belo do Sul
Telefone: (49) 249-3300

Fórum da Comarca de Campo Erê
Rua Maranhão, s/n — Centro
CEP: 89980-000 — Campo Erê
Telefone: (49) 655-1185

Fórum da Comarca de Campos Novos
Praça Lauro Müller, 121 — Centro
CEP: 89620-000 — Campos Novos
Telefone: (49) 551-0400

Fórum da Comarca de Canoinhas
Rua Vidal Ramos, 650 — Centro
CEP: 89460-000 — Canoinhas
Telefone: (47) 621-5600

Fórum da Comarca de Capinzal
Rua Carmelo Zoccoli, 133 — Centro
CEP: 89665-000 — Capinzal
Telefone: (49) 555-8000

Fórum da Comarca da Capital (Central)
Av. Governador Gustavo Richard, 434 — Centro
CEP: 88020-901 — Florianópolis
Telefone: (48) 251-6500

Fórum Distrital do Norte da Ilha
Campus da UFSC
Av. Desembargador Vitor Lima, 183 – Fundos – Serrinha
CEP: 88040-400 — Florianópolis
Telefone: (48) 331-3300

Fórum Distrital do Continente
Rua São José, 300 — Estreito
CEP: 88075-310 — Florianópolis
Telefone: (48) 271-1900

Fórum da Comarca de Capivari de Baixo
Rua Engenheiro Márcio Portela, 36 — Centro
CEP: 88745-000 — Capivari de Baixo
Telefone: (48) 623-0567

Fórum da Comarca de Catanduvas
Rua Felipe Schmidt, 1.435 — Centro
CEP: 89670-000 — Catanduvas
Telefone: (49) 525-1019

Fórum da Comarca de Chapecó
Rua Augusta Müller Bohner, 300-D — Passo dos Fortes
CEP: 89805-900 — Chapecó
Telefone: (49) 321-9400

Fórum da Comarca de Concórdia
Rua Dr. Maruri, 865 — Centro
CEP: 89700-000 — Concórdia
Telefone: (49) 441-1500

Fórum da Comarca de Coronel Freitas
Rua Minas Gerais, 586 — Centro
CEP: 89840-000 — Coronel Freitas
Telefone: (49) 347-0522

Fórum da Comarca de Correia Pinto
Rua Vitória Régia, 254 — Pro-Flor
CEP: 88535-000 — Correia Pinto
Telefone: (49) 243-1000

Fórum da Comarca de Criciúma
Av. Santos Dumont, s/n — Milanesi
CEP: 88804-301 — Criciúma
Telefone: (48) 431-5331

Fórum da Comarca de Cunha Porã
Rua Benjamin Constant, 832 — Centro
CEP: 89890-000 — Cunha Porã
Telefone: (49) 646-3000

Fórum da Comarca de Curitibanos
Rua Antônio Rossa, 241 — Centro
CEP: 89520-000 — Curitibanos
Telefone: (49) 221-0500

Fórum da Comarca de Descanso
Rua Thomaz Koproski, 615 — Centro
CEP: 89910-000 — Descanso
Telefone: (49) 623-0378

Fórum da Comarca de Dionísio Cerqueira
Av. Washington Luís, 670 — Centro
CEP: 89950-000 — Dionísio Cerqueira
Telefone: (49) 644-1254

Fórum da Comarca de Forquilhinha
Rodovia Antônio Valmor Canela, 106 — Santa Izabel
CEP: 88850-000 — Forquilhinha
Telefone: (48) 463-8300

Fórum da Comarca de Fraiburgo
Av. Curitibanos, 375 — Centro
CEP: 89580-000 — Fraiburgo
Telefone: (49) 251-2100

Fórum da Comarca de Garopaba
Rua Santa Rita, 100 — Centro
CEP: 88495-000 — Garopaba
Telefone: (48) 254-8300

Fórum da Comarca de Garuva
Av. Celso Ramos, 1.226 — Centro
CEP: 89248-000 — Garuva
Telefone: (47) 445-8000

Fórum da Comarca de Gaspar
Av. Deputado Francisco Mastella, s/n — Sete de Setembro
CEP: 89110-000 — Gaspar
Telefone: (47) 331-6100

Fórum da Comarca de Guaramirim
Rua 28 de Agosto, 2000 — Centro
CEP: 89270-000 — Guaramirim
Telefone: (47) 373-9500

Fórum da Comarca de Herval do Oeste
Rua Nereu Ramos, 388 — Centro
CEP: 89610-000 — Herval do Oeste
Telefone: (49) 551-4400

Fórum da Comarca de Ibirama
Rua Dr. Getúlio Vargas, 800 — Centro
CEP: 89140-000 — Ibirama
Telefone: (47) 357-8000

Fórum da Comarca de Içara
Rodovia SC 444, km 5, 150, Loteamento Simone/Jaqueline
CEP: 88820-000 — Içara
Telefone: (48) 432-3466

Fórum da Comarca de Imaruí
Av. Governador Celso Ramos, s/n – Centro
CEP: 88770-000 — Imaruí
Telefone: (48) 643-8000

Fórum da Comarca de Imbituba
Rua Ernani Contrin, 643 — Centro
CEP: 88780-000 — Imbituba
Telefone: (48) 355-8000

Fórum da Comarca de Indaial
Rua Tiradentes, 111 — Centro
CEP: 89130-000 — Indaial
Telefone: (47) 281-5400

Fórum da Comarca de Ipumirim
Rua Bento Gonçalves, 143 — Centro
CEP: 89790-000 — Ipumirim
Telefone: (49) 438-3300

Fórum da Comarca de Itá
Praça dos Expedicionários, s/n — Pioneiros
CEP: 89760-000 — Itá
Telefone: (49) 458-9600

Fórum da Comarca de Itaiópolis
Rua Alfredo Fernandes Luiz, 130 — Centro
CEP: 89340-000 — Itaiópolis
Telefone: (47) 652-6000

Fórum da Comarca de Itajaí
Rua Uruguai, 222 — Centro
CEP: 88301-902 — Itajaí
Telefone: (47) 341-0500

Fórum da Comarca de Itapema
Av. Marginal Oeste da BR 101, 7.980 — Morretes
CEP: 88220-000 — Itapema
Telefone: (47) 268-8800

Fórum da Comarca de Itapiranga
Rua São José, 10 — Centro
CEP: 89896-000 — Itapiranga
Telefone: (49) 677-0210

Fórum da Comarca de Itapoá
Rua Mariana Michels Borges, 776 — Itapema do Norte
CEP: 89249-000 — Itapoá
Telefone: (47) 443-8000

Fórum da Comarca de Ituporanga
Rua Vereador Joaquim Boing, s/n — Centro
CEP: 88400-000 — Ituporanga
Telefone: (47) 533-8100

Fórum da Comarca de Jaguaruna
Rua Nestor Horácio Luiz, s/n — Cristo Rei
CEP: 88715-000 — Jaguaruna
Telefone: (48) 624-8000

Fórum da Comarca de Jaraguá do Sul
Rua Guilherme Cristiano Wackerhagen, 87 — Vila Nova
CEP: 89259-300 — Jaraguá do Sul
Telefone: (47) 275-7200

Fórum da Comarca de Joaçaba
Rua Salgado Filho, 160 — Centro
CEP: 89600-000 — Joaçaba
Telefone: (49) 551-4100

Fórum da Comarca de Joinville
Rua Hermann August Lepper, 980 — Saguaçu
CEP: 89201-900 — Joinville
Telefone: (47) 461-8500

Fórum da Comarca de Lages
Rua Belisário Ramos, 3.650 — Centro
CEP: 88501-902 — Lages
Telefone: (49) 221-3500

Fórum da Comarca de Laguna
Rua Arcângelo Bianchini, 69 — Centro
CEP: 88790-000 — Laguna
Telefone: (48) 646-0167

Fórum da Comarca de Lauro Müller
Travessa 20 de Janeiro, s/n — Centro
CEP: 88880-000 — Lauro Müller
Telefone: (48) 464-3399

Fórum da Comarca de Lebon Régis
Rua Valdir Ortigari, 45 — Centro
CEP: 89515-000 — Lebon Régis
Telefone: (49) 247-6000

Fórum da Comarca de Mafra
Av. Cel. José Severiano Maia, 863 — Centro
CEP: 89300-000 — Mafra
Telefone: (47) 642-3055

Fórum da Comarca de Maravilha
Av. Anita Garibaldi, 1.181 — Centro
CEP: 89874-000 — Maravilha
Telefone: (49) 664-0424

Fórum da Comarca de Modelo
Rua Presidente Vargas, 20 — Centro
CEP: 89872-000 — Modelo
Telefone: (49) 365-2500

Fórum da Comarca de Mondaí
Rua Aurora, 65 — Centro
CEP: 89893-000 — Mondaí
Telefone: (49) 674-3000

Fórum da Comarca de Navegantes
Av. Prefeito José Juvenal Mafra, 498 — Centro
CEP: 88375-000 — Navegantes
Telefone: (47) 342-9100

Fórum da Comarca de Orleans
Rua Rui Barbosa, 320 — Centro
CEP: 88870-000 — Orleans
Telefone: (48) 466-0119

Fórum da Comarca de Otacílio Costa
Rua Clementino Zambonato, 119 — Centro
CEP: 88540-000 — Otacílio Costa
Telefone: (49) 275-8000

Fórum da Comarca de Palhoça
Rua Cel. Bernardino Machado, 95 — Centro
CEP: 88130-220 — Palhoça
Telefone: (48) 279-3300

Fórum da Comarca de Palmitos
Rua Padre Manoel da Nóbrega, s/n — Centro
CEP: 89887-000 — Palmitos
Telefone: (49) 647-0111

Fórum da Comarca de Papanduva
Rua Simeão Alves de Almeida, 411 — Centro
CEP: 89370-000 — Papanduva
Telefone: (47) 653-6000

Fórum da Comarca de Pinhalzinho
Av. Porto Alegre — Esq. com a Rua São Luiz, 735 — Centro
CEP: 89870-000 — Pinhalzinho
Telefone: (49) 366-1226

Fórum da Comarca de Pomerode
Rua XV de Novembro, 700 — Centro
CEP: 89107-000 — Pomerode
Telefone: (47) 387-2204

Fórum da Comarca de Piçarras
Av. Emanuel Pinto, 1.655 — Centro
CEP: 88380-000 — Piçarras
Telefone: (47) 347-4000

Fórum da Comarca de Ponte Serrada
Rua 3 de Maio, 460 — Centro
CEP: 89683-000 — Ponte Serrada
Telefone: (49) 435-0151

Fórum da Comarca de Porto Belo
Av. Gov. Celso Ramos, 2.890 — Centro
CEP: 88210-000 — Porto Belo
Telefone: (47) 369-4242

Fórum da Comarca de Porto União
Rua Voluntários da Pátria, 365 — Centro
CEP: 89400-000 — Porto União
Telefone: (42) 521-3700

Fórum da Comarca de Presidente Getúlio
Rua Kurt Hering, 14 — Centro
CEP: 89150-000 — Presidente Getúlio
Telefone: (47) 352-5000

Fórum da Comarca de Quilombo
Rua Presidente Juscelino, 703 — Centro
CEP: 89850-000 — Quilombo
Telefone: (49) 346-2000

Fórum da Comarca de Rio do Campo
Rua 29 de Dezembro, s/n — Centro
CEP: 89198-000 — Rio do Campo
Telefone: (47) 564-8900

Fórum da Comarca de Rio do Oeste
Rua XV de Novembro, 1.570 — Centro
CEP: 89180-000 — Rio do Oeste
Telefone: (47) 543-9300

Fórum da Comarca de Rio do Sul
Rua Dom Bosco, 820 — Jardim América
CEP: 89160-000 — Rio do Sul
Telefone: (47) 531-4700

Fórum da Comarca de Rio Negrinho
Rua Carlos Hantschel, 425 — Bela Vista
CEP: 89295-000 — Rio Negrinho
Telefone: (47) 644-2558

Fórum da Comarca de Santa Cecília
Rua XV de Novembro, s/n — Centro
CEP: 89540-000 — Santa Cecília
Telefone: (49) 244-6500

Fórum da Comarca de Santa Rosa do Sul
Rua Raul José dos Santos, 120 — Centro
CEP: 89965-000 — Santa Rosa do Sul
Telefone: (48) 534-8200

Fórum da Comarca de Santo Amaro da Imperatriz
Rua Frei Fidêncio Feldmann, 425 — Centro
CEP: 88140-000 — Santo Amaro da Imperatriz
Telefone: (48) 245-4000

Fórum da Comarca de São Bento do Sul
Av. São Bento, 401 — Colonial
CEP: 89290-000 — São Bento do Sul
Telefone: (47) 631-1900

Fórum da Comarca de São Carlos
Rua La Salle, 243 — Centro
CEP: 89885-000 — São Carlos
Telefone: (49) 325-1000

Fórum da Comarca de São Domingos
Rua Major Azambuja, 138 — Centro
CEP: 89835-000 — São Domingos
Telefone: (49) 443-0111

Fórum da Comarca de São Francisco do Sul
Rua Leôncio Pereira, 304 — Rocio Pequeno
CEP: 89240-000 — São Francisco do Sul
Telefone: (47) 444-2053

Fórum da Comarca de São João Batista
Rua Otaviano Dadam, 201 — Centro
CEP: 88240-000 — São João Batista
Telefone: (48) 265-6300

Fórum da Comarca de São Joaquim
Rua Domingos Martorano, 302 — Centro
CEP: 88600-000 — São Joaquim
Telefone: (49) 233-6000

Fórum da Comarca de São José
Rua Domingos André Zannini, 380 — Barreiros
CEP: 88117-200 — São José
Telefone: (48) 271-9600

Fórum da Comarca de São José do Cedro
Rua Padre Aurélio, 235 — Centro
CEP: 89930-000 — São José do Cedro
Telefone: (49) 643-0033

Fórum da Comarca de São Lourenço do Oeste
Rua Dom Pedro II, 966 — Centro
CEP: 89990-000 — São Lourenço do Oeste
Telefone: (49) 344-8200

Fórum da Comarca de São Miguel do Oeste
Rua Marcílio Dias, 2.070 — Sagrado Coração
CEP: 89900-000 — São Miguel do Oeste
Telefone: (49) 631-1500

Fórum da Comarca de Seara
Rua do Comércio, 171 — Centro
CEP: 89770-000 — Seara
Telefone: (49) 452-1211

Fórum da Comarca de Sombrio
Rua Edílio Antônio da Rosa, 974 — Centro
CEP: 88960-000 — Sombrio
Telefone: (48) 533-0645

Fórum da Comarca de Taió
Rua Expedicionário Rafael Busarello, 484 — Centro
CEP: 89190-000 — Taió
Telefone: (47) 562-8000

Fórum da Comarca de Tangará
Rua Luís Menoncin, s/n — Centro
CEP: 89642-000 — Tangará
Telefone: (49) 532-1240

Fórum da Comarca de Tijucas
Rua Florianópolis, 130 — Centro
CEP: 88200-000 — Tijucas
Telefone: (48) 263-8000

Fórum da Comarca de Timbó
Av. Getúlio Vargas, 736 — Centro
CEP: 89120-000 — Timbó
Telefone: (47) 281-1700

Fórum da Comarca de Trombudo Central
Rua Emílio Graubner, s/n — Vila Nova
CEP: 89176-000 — Trombudo Central
Telefone: (47) 544-8100

Fórum da Comarca de Tubarão
Rua Wenceslau Brás, 560 — Vila Moema
CEP: 88701-901 — Tubarão
Telefone: (48) 621-1500

Fórum da Comarca de Turvo
Rua Nereu Ramos, 609 — Centro
CEP: 88930-000 — Turvo
Telefone: (48) 525-8000

Fórum da Comarca de Urubici
Rua Nereu Ramos, n. 200 — Centro
CEP: 88650-000 — Urubici
Telefone: (49) 278-4182

Fórum da Comarca de Urussanga
Rua Barão do Rio Branco, 115 — Centro
CEP: 88840-000 — Urussanga
Telefone: (48) 465-1264

Fórum da Comarca de Videira
Rua Vítor Meirelles, s/n — Ed. Brasil-Áustria — Matriz
CEP: 89560-000 — Videira
Telefone: (49) 566-0041

Fórum da Comarca de Xanxerê
Rua Victor Konder, 898 — Centro
CEP: 89820-000 — Xanxerê
Telefone: (49) 441-7100

Fórum da Comarca de Xaxim
Rua Rui Barbosa, 385 — Centro
CEP: 89825-000 — Xaxim
Telefone: (49) 353-2391

ÍNDICE NUMÉRICO

AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE

2.494-9 – Santa Catarina (STF)..... 225
2.996-7 – Santa Catarina (STF)..... 231

AÇÕES RESCISÓRIAS

1.646-9 – Santa Catarina (STF)..... 249
2003.009013-4 – Laguna..... 326

AGRAVOS DE INSTRUMENTO

2004.012495-3 – Rio Negrinho..... 382
2004.033345-1 – Chapecó..... 473
2004.033800-4 – Ibirama..... 415
2005.040958-8 – Chapecó..... 463

AGRAVO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO

2006.018977-5 – Capital..... 321

APELAÇÕES CÍVEIS

1999.004174-3 – Balneário Camboriú..... 355
1999.006111-6 – Ibirama..... 396
2000.011917-2 – Blumenau..... 451
2001.019863-0 – Capital..... 404
2003.001795-0 – Lages..... 456
2003.020372-9 – Criciúma..... 387
2003.023679-1 – Brusque..... 334
2004.012391-4 – Lages..... 580
2004.016128-0 – Imbituba..... 390
2005.013794-8 – Catanduvas..... 421
2005.020040-9 – São José..... 348
2005.037879-5 – Capital..... 368
2006.004769-7 – Concórdia..... 501

2006.006118-5 – Balneário Camboriú 510
2006.009205-6 – Joinville 531
2006.009916-0 – Lauro Müller 547
2006.009967-2 – Ibirama 481
2006.019816-9 – Forquilinha 568
2006.028472-1 – Criciúma 540

APELAÇÕES CRIMINAIS

2004.003158-0 – Videira 604
2005.023538-5 – São Miguel do Oeste 649
2006.006235-2 – Capital 675
2006.007038-0 – Anita Garibaldi 600
2006.007470-4 – São José 696
2006.007578-2 – Pinhalzinho 592
2006.011410-1 – São Miguel do Oeste 667
2006.016881-2 – São José 613
2006.016893-9 – Barra Velha 681
2006.023989-8 – Capital 688
2006.034510-8 – Chapecó 627

EMBARGOS INFRINGENTES

2005.003519-4 – Blumenau 489
2006.010406-9 – Tubarão 434

HABEAS CORPUS

51.986/STJ – Santa Catarina 265
2006.019715-0 – Blumenau 709
2006.030143-6 – Chapecó 718

MANDADOS DE SEGURANÇA

2002.018813-7 – Capital 496
2004.002467-3 – Capital 293
2004.008701-2 – Capital 308
2004.030689-4 – Capital 313

MEDIDA CAUTELAR INCIDENTAL EM RECURSO ESPECIAL EM APELAÇÃO CÍVEL

2006.003332-0 – Itajaí 751

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA

20.401 – Santa Catarina (STJ) 284

RECURSO EXTRAORDINÁRIO

274.746-7/STF – Santa Catarina 255

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*

89.152-7 – Santa Catarina (STF) 258

RECURSOS CRIMINAIS

2005.005022-0 – São José 643
2006.023349-4 – Balneário Camboriú 726

RECURSOS ESPECIAIS

2001.003758-0 – Blumenau 754
2004.014677-9 – Itajaí 741
2005.024411-9 – Lages 746
2005.041852-5 – Capital 743

RECURSOS ORDINÁRIOS EM MANDADOS DE SEGURANÇA

11.771/STJ – Santa Catarina 274
13.477/STJ – Santa Catarina 281
2006.017817-4 – Itajaí 758

REVISÃO CRIMINAL

2006.004348-6 – Curitibanos 587

SUSPENSÃO DE SEGURANÇA

2006.024539-6 – Itapema 733

ÍNDICE POR ASSUNTO

AÇÃO CAUTELAR DE ARRESTO

Prova literal de dívida líquida e certa – Nota promissória. Receio de alienação do único bem. Automóvel. Anotação no órgão de trânsito. Execução em tramitação. Princípio da instrumentalidade a reforçar a necessidade da providência extrema. Recurso desprovido. 451

AÇÃO CONSTITUTIVA E CONDENATÓRIA

Infortunística – Revisão de auxílio-acidente. Obreiro não intimado para responder ao apelo. *Pas de nullité sans grief.* Impossibilidade de o auxílio-acidente atingir valor ínfimo. Correspondência ao percentual equivalente do salário mínimo. Recurso do INSS provido integralmente e parcial o do segurado. 531

Infortunística – Revisão de benefício. Falta de clareza no pedido. Interpretação favorável ao obreiro. Novo julgamento com elementos que permitam verificar a possibilidade de elevação do benefício acidentário. Reexame necessário provido. Apelo prejudicado. 540

AÇÃO DE EXONERAÇÃO DE PENSÃO ALIMENTÍCIA

União desfeita há mais de 16 anos – Casamento mantido por tempo inferior (9 anos). Mitigação da regra de irrenunciabilidade prevista no art. 1.707 do CC de 2002. Recurso provido. Maioria de votos. **VOTO VENCIDO.** 368

AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO

Ensino superior – Contrato de prestação de serviços educacionais. Horas de atividade inferiores às previstas. Repetição de indébito. Prescrição. Afastamento. Recurso parcialmente provido. 547

AÇÃO DE RESCISÃO DE COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA

Perdas e danos – Contrato realizado com índio. Silvícula integrado à sociedade. Desnecessidade de assistência. Litigância de má-fé. Pedido improcedente. Recurso desprovido. 396

AÇÃO DECLARATÓRIA C/C REPETIÇÃO DE INDÉBITO

Telefonia fixa – Assinatura básica mensal. Competência da Justiça Estadual. Suspensão do pagamento. Previsão legal da cobrança. Recurso desprovido. 568

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Lei Complementar Estadual n. 212/01 – Preceito que determina a precedência da remoção de juízes às promoções por antigüidade ou merecimento. Violação ao art. 93 da CF. Inconstitucionalidade. Recurso procedente. 225

Lei Estadual n. 11.348/00 que dispõe sobre serviços de loterias e jogos de bingo – Violação ao art. 22, XX, da CF. Competência privativa da União para dispor sobre sistemas de sorteio. Recurso procedente. Maioria de votos. **VOTO VENCIDO.** 231

AÇÃO ORDINÁRIA

Detento que pleiteia pagamento de parte de remuneração do trabalho desempenhado em estabelecimento prisional – Serviço prestado para a própria penitenciária. Aplicação do disposto nos arts. 1º e 2º do Decreto Estadual n. 1.634/2000. Recurso desprovido. 580

AÇÃO RESCISÓRIA

Causa de pedir – A causa de pedir versada na inicial da rescisória vincula o órgão julgador. Erro de fato *versus* erro de julgamento. Erro de fato há de estar ligado à lide. Não configura o de julgamento, retratado em balizas estranhas ao processo, implica fundamento de conflito de interesse diverso. Improcedência. ... 249

Danos morais e estéticos – Alegação de erro pela desconsideração de fato existente. Inocorrência. Violação literal de dispositivo de lei. Salário mínimo utilizado como índice de correção monetária. Vedação constitucional. Recurso parcialmente provido. 326

AGRAVO DE INSTRUMENTO

Vide Recurso.

ANULAÇÃO DE ATO ADMINISTRATIVO C/C REINTEGRAÇÃO DE CARGO PÚBLICO

Demissão ilegal e contrária ao acervo probatório – Inocorrência das infrações imputadas ao servidor municipal. Admissibilidade de análise pelo Poder Judiciário. Recurso do Município desprovido e provido o do servidor. 510

ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Art. 17 255
Art. 31 293
Art. 58 540
Art. 87 313

CASA DE PROSTITUIÇÃO

Submissão de adolescente à prostituição – Autoria e materialidade demonstradas. Absolvição. Inviabilidade. Recurso desprovido. 667

CÓDIGO CIVIL

Art. 85 (1916) 390
Art. 112 390
Art. 141 (1916) 451
Art. 177 (1916) 547
Art. 206, § 3º, IV 547
Art. 227 451
Art. 242, II (1916) 348
Art. 397 382
Art. 406 501
Art. 734 382
Art. 735, §§ 1º e 2º (1916) 421
Art. 737 (1916) 421
Art. 739 (1916) 421
Art. 739, III (1916) 390
Art. 948, II 382
Art. 1.056 (1916) 334
Art. 1.062 (1916) 501
Art. 1.092 (1916) 334, 396
Art. 1.210, § 2º 43
Art. 1.252 (1916) 348
Art. 1.410, IV 390
Art. 1.432 421
Art. 1.462 421
Art. 1.537, II 382
Art. 1.539 382
Art. 1.687 382

Art. 1.694, caput 368
Art. 1.707 368

CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR (Lei n. 8.078/1990)
Art. 2º 421
Art. 3º 421
Art. 14 355
Art. 27 ..... 547, 421
Art. 42, parágrafo único 547
Art. 51 421

CÓDIGO DE DIVISÃO E ORGANIZAÇÃO JUDICIÁRIAS DE SANTA CATARINA (Lei n. 5.624/1979)
Art. 192 225

CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL
Art. 2º 531
Art. 17 396
Art. 20 348
Art. 20, § 2º 531
Art. 20, § 3º 404, 355
Art. 20, §§ 3º e 4º 451, 531
Art. 20, § 4º 390, 368
Art. 56 421
Art. 128 531
Art. 130 404
Art. 143, V 063
Art. 162, § 4º 063
Art. 191, § 3º 063
Art. 221 063
Art. 230 063
Art. 267 547
Art. 267, IV 396
Art. 267, VI 496
Art. 269, I 390
Art. 273 063
Art. 275, I 063
Art. 277, § 5º 063

Art. 279 063
Art. 285 063
Art. 286 540
Art. 301 308
Art. 302 348
Art. 330 063
Art. 330, I 404
Art. 333, I 540
Art. 333, II 580
Art. 355 540
Art. 399 540
Art. 401 451
Art. 402 451
Art. 407 063
Art. 421 063
Art. 427 063
Art. 447 063
Art. 460 531
Art. 462 390
Art. 463 531
Art. 485, V, IX, e § 1º 326
Art. 485, § 1º 249
Art. 511, *caput* 434
Art. 511 063
Art. 514, II 348
Art. 515, *caput* 421
Art. 515, § 2º 510
Art. 515, § 3º 547
Art. 517 421
Art. 520, II 382
Art. 522 063
Art. 541, parágrafo único 063
Art. 557 063
Art. 557, § 1º 321
Art. 558 063
Art. 559 382
Art. 600 063
Art. 603 063

Art. 604 063
Art. 608 510
Art. 614, I 456
Art. 614, II 063
Art. 618, I 456
Art. 647 063
Art. 649 063
Art. 652, § 1º 063
Art. 655, § 2º 063
Art. 656 063
Art. 659, §§ 4º e 5º 063
Art. 680 063
Art. 736 063
Art. 738, § 2º 063
Art. 739 063
Art. 740 063
Art. 741 063
Art. 745 063
Art. 746 063
Art. 813 473
Art. 814 451
Art. 816 451
Art. 926 348
Art. 927 348
Art. 1.112 390

CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Art. 38 726
Art. 41 681
Art. 43, III, *in fine* 643
Art. 93 643
Art. 214 613
Art. 231 667
Art. 251 718
Art. 312 709
Art. 319 709
Art. 366 627
Art. 381 667

Art. 383 675
Art. 499 ..... 667, 649
Art. 593, III 696
Art. 594 709
Art. 621, III 587
Art. 637 265
Art. 647, I 718
Arts. 647 e seguintes 709

CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO (Lei n. 9.503/1997)

Art. 293, *caput* 604
Art. 302 604

CÓDIGO PENAL

Art. 4º 643
Art. 14, II 696
Art. 18, I, segunda parte 696
Art. 29 649
Art. 33, § 3º 688
Art. 44 627
Art. 44, III 688
Art. 59 ..... 649, 681, 627
Art. 59, I, II, III e IV 688
Art. 65, II e III, d 649
Art. 68 613
Art. 69 ..... 667, 681
Art. 71 ..... 675, 265
Art. 77 627
Art. 77, § 2º 681
Art. 92, I, *a* 649
Art. 100, §§ 1º e 2º 726
Art. 107, IV 726
Art. 109, IV 613
Art. 116, I 643
Art. 121, § 2º, II e IV 696
Art. 129, § 1º 696
Art. 129, § 3º 580
Art. 147 580

Art. 157, § 3º 592
Art. 158, § 1º 649
Art. 180, *caput* 613
Art. 213 726
Art. 214 ..... 265, 726
Art. 224, *a* 265, 726
Art. 225, I, §§ 1º e 2º 726
Art. 226, III 726
Art. 229 667
Art. 288, *caput* 681
Art. 297 600
Art. 316, *caput* 649
Art. 339 718

CÓDIGO PENAL MILITAR (Decreto-Lei n. 1.001/1969)

Art. 79 675
Art. 151, III 496
Art. 305 675
Art. 308, § 1º 675
Art. 319 675

CONSTITUIÇÕES

Federal – 1967

Art. 206 293

Federal – 1988

Art. 1º, III 531, 489
Art. 5º 489
Art. 5º, *caput* 540
Art. 5º, XII 649
Art. 5º, XXXV 510
Art. 5º, XXXIX 688
Art. 5º, XLI 265
Art. 5º, LV 649, 643, 531
Art. 5º, LVII 709
Art. 5º, LXI 709
Art. 5º, LXVIII 709, 718
Art. 5º, LXXIII 510

Art. 5º, LXXVIII 33
Art. 6º 489
Art. 7º, IV 489, 326
Art. 22, XX 231
Art. 37, XI 255
Art. 37, XI, XII e XIII 274
Art. 37, § 6º 501
Art. 40 ..... 308, 293
Art. 40, § 4º 255
Art. 47 e incisos 510
Art. 93 225
Art. 93, IX 667, 265
Art. 98, I 063
Art. 102, III, *a* 255
Art. 105, II, *b* 284, 281
Art. 114, III 321
Art. 129, I e VIII 649
Art. 149, § 1º 308
Art. 192, § 3º 434
Art. 201 308
Art. 201, § 2º 531
Art. 227 415

CRIME CONTRA A FÉ PÚBLICA

Alteração de documento público – Autoria e materialidade comprovadas. Alteração apta a iludir o homem médio. Recurso desprovido. 600

CRIME CONTRA A LIBERDADE SEXUAL

Decisão que extingue punibilidade pela decadência do direito de representação dos pais da menor – Irresignação do Ministério Público. Menor abandonada. Retorno do autos à origem para exame do mérito. Recurso provido. 726

CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA

Pendência de julgamento referente a débito fiscal na via administrativa – Recebimento da denúncia. Suspensão do curso da ação penal. Faculdade do Ministério Público em propor ação penal a qualquer tempo. Recurso provido. 643

CRIME CONTRA A SAÚDE PÚBLICA

Maconha – Tráfico de entorpecentes. Confissão espontânea em primeiro grau. Erro material na soma das penas. Correção. Adequação do regime prisional do crime do art. 12 da Lei n. 6.368/76 para o regime inicial fechado. Recurso parcialmente provido. 681

Tráfico de entorpecentes – Condenação. Pretendida substituição por pena alternativa e modificação do regime fechado para o aberto. Requisitos legais não preenchidos. Recurso desprovido. 688

Narcotraficância – Autoria e materialidade comprovadas. Crime caracterizado. Absolvição, trancamento da ação penal, desclassificação ou aplicação do princípio da insignificância em razão da pequena quantidade de droga apreendida. Inviabilidade dos pedidos. Condenação. Recurso desprovido. 627

CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO

Extorsão qualificada – Materialidade e autoria demonstradas. Pretendida absolvição. Inviabilidade. Tentativa. Acolhimento. Recursos parcialmente providos. 649

CRIME MILITAR

Concussão – Continuidade delitiva. Exigência de dinheiro para liberar veículos com irregularidades sem aplicar auto de infração. Recurso desprovido. 675

DESPACHO DA 1ª VICE-PRESIDÊNCIA

Suspensão de segurança – Liminar que ordenou o bloqueio de contas da companhia municipal de fornecimento de água para garantir o pagamento de dívida à companhia estadual. Alegação de grave lesão ao interesse público. Depósito judicial. Deferimento parcial da medida para evitar que os valores acautelados sejam transferidos definitivamente à requerida. 733

DESPACHO DA 2ª VICE-PRESIDÊNCIA

Recurso especial na apelação cível – Acórdão que deu provimento para declarar ilegal a retenção do incentivo ao Prodec de parte da cota do ICMS pertencente ao município. Divergência jurisprudencial com o STJ. Não comprovação. Seguimento ao recurso negado. 743

Recurso especial em apelação cível – Acórdão que deu provimento parcial para declarar que o prazo prescricional nas ações de indenizações contra a fazenda pública é de 5 (cinco) anos, a contar do evento danoso. Afronta aos arts. 1º do Dec. n. 20.910/32, 132 do CC, e 175 e 184 do CPC, ante o decurso do prazo. Premissas insubsistentes. Seguimento ao recurso negado. 741

Recurso especial na apelação criminal – Alegação de contrariedade ao art. 8º, V, da Lei Orgânica do Ministério Público da União, bem como divergência jurisprudencial do STJ. Possibilidade. Recurso admitido. 746

DESPACHO DA 3ª VICE-PRESIDÊNCIA

Recurso especial em apelação cível – Decisão que reconheceu o contrato *sub judice* como de compra e venda a prazo, declarando nula a cláusula de reajuste de variação do dólar pelo INPC. Fundamento em violação de leis específicas, bem como divergência jurisprudencial. Inadmissibilidade. Recurso inadmitido. 754

Recurso ordinário em mandado de segurança – Decisão monocrática contra ato de Juiz da Vara Cível que indeferiu a inicial na forma do art. 8º da Lei n. 1.533/51. Recurso apropriado é o agravo regimental. Seguimento ao recurso negado. 758

Medida cautelar incidental em recurso especial em apelação cível – Pedido de retirada do nome dos órgãos de proteção ao crédito em virtude de estar discutindo judicialmente o débito. Caracterização do *fumus boni juris* e do *periculum in mora*. Concessão da liminar. 751

DOUTRINA

Atos de falência na Lei n. 11.101/05 – Renato Lisboa Altemani, Secretário Jurídico da Presidência do Tribunal de Justiça. 120

O Código de Processo Civil e suas reformas – João José Ramos Schaefer, Advogado, Ex-Presidente da OAB/SC, Desembargador aposentado, Ex-Presidente do TJSC. 63

A mandamentalidade da decisão cautelar – Márcio Schiefler Fontes, Juiz de Direito Substituto e Professor em Santa Catarina. 89

Elementos de principiologia constitucional – André Alexandre Happke, Juiz de Direito e Professor em Santa Catarina. 011

A consciência jurídica e a eqüidade como “novos” paradigmas para a atividade jurisdicional contemporânea – Maximiliano Losso Bunn, Juiz de Direito Substituto em Santa Catarina. 096

Nova ordem contratual: pós-modernidade, contratos de adesão, condições gerais de contratação, contratos relacionais e redes contratuais – Rogério Zuel Gomes, Mestre em Ciência Jurídica, Professor e Advogado em Santa Catarina. 137

Crime de menor potencial ofensivo e concurso de crimes – Rogério Carlos Demarchi, Juiz de Direito Substituto em Santa Catarina. 134

A paz como “processo”! Projeto estadual agente da paz: idéias, aportes e ações parceiras – Sandra Mári Córdova D’Agostini, Coordenadora do projeto estadual agente da paz da Secretaria da Segurança Pública e Defesa do Cidadão de Santa Catarina. 196

Breves considerações sobre a celeridade processual à luz do direito comparado – *Ordonnance de référé e ordonnance sur requête* – Jaime Luiz Vicari, Desembargador Substituto do Tribunal de Justiça de Santa Catarina. 033

A pessoa jurídica não pode ser vítima de dano moral – Sérgio Luiz Junkes, Juiz de Direito e Professor em Santa Catarina. 214

Democracia, partidos políticos e tributação ambiental – Romano José Enzeweiler, Juiz de Direito em Santa Catarina. 184

Posse no atual Código Civil: alguns redimensionamentos necessários ao político do direito – Janine Stiehler Martins, Juíza de Direito em Santa Catarina. 43

EMBARGOS À EXECUÇÃO

Duplicata de prestação de serviço – Boleto bancário. Ausência de título cambial. Nulidade da execução. Recurso desprovido. 456

EMBARGOS DE TERCEIRO

Venda de veículo pelo devedor antes da penhora na execução – Presunção de boa-fé do comprador. Insolvência não configurada. Recurso provido. 481

EMBARGOS INFRINGENTES

Vide Recurso.

EMENDAS CONSTITUCIONAIS

N. 7/1977 293
N. 20/1988 293
N. 40/2003 434
N. 41/2003 293
N. 41/2003, art. 4º, *caput* 308
N. 41/2003, art. 5º 308
N. 45/2004 321

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (Lei n. 8.069/1990)

Art. 6º 415

Art. 244-A, §§ 1º e 2º 667

ESTATUTO DO ÍNDIO (Lei n. 6.001/1973)

Art. 8º 396

HABEAS CORPUS

Crime contra a ordem tributária – Parcelamento de débito. Suspensão da punibilidade. Possibilidade. Necessidade de quitação integral. Ordem concedida para suspender a punibilidade do agente, bem como a prescrição punitiva. 258

Sentença condenatória que condiciona a prisão do réu ao trânsito em julgado desta – Recurso ministerial. Preclusão. *Reformatio in pejus*. Ordem concedida. 265

Homicídio qualificado – Paciente que respondeu à ação penal em liberdade. Condenação. Negativa de apelar em liberdade. Inadmissibilidade. Constrangimento ilegal evidenciado. Ordem concedida. 709

Denunciação caluniosa – Paciente que deu causa à investigação administrativa contra policiais militares por suposta prática de abuso de autoridade. Ausência de má-fé. Falta de justa causa para a deflagração e continuidade da ação penal. Trancamento desta. Ordem concedida. 718

HOMICÍDIO CULPOSO

Trânsito – Motorista que invade a contramão e colide frontalmente com o veículo em que se encontra a vítima. Fato previsível ante as condições do local. Imprudência caracterizada. Condenação. Redução da suspensão da habilitação. Recurso parcialmente provido. 604

INDENIZAÇÃO

Plano de saúde – Recomendação médica para implante de *stent* em segurado. Autorização negada pela Unimed. Urgência para o procedimento. Obrigação de indenizar. Abalo psíquico. Configuração. Inversão dos ônus da sucumbência. Recurso provido. 404

Processual – Intervenção de terceiro. Cobrança de seguro. Incêndio. Bem sinistrado objeto de usufruto. Proprietária da casa, por oposição, reinvindica titularidade para recebimento da indenização. Procedência. Recurso desprovido. 421

INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL

Acidente de trânsito – Veículo de propriedade do município. Transporte de pacientes. Graves lesões à autora conduzida. Dever de indenizar. Moderação no *quantum* indenizatório. Município de pequeno porte. Recurso provido. 501

INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS

Realização de procedimento cirúrgico (histerectomia) – Infecção hospitalar. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor. Possibilidade. Prestador de serviços. Dever de indenizar. Danos materiais. Despesas com medicamentos e condução não comprovadas. Improcedência. Recurso parcialmente provido. 355

INDENIZAÇÃO POR PERDAS E DANOS MORAIS

Incorporação imobiliária – Atraso na conclusão e entrega de apartamento. Sociedade de fato. Legitimidade e responsabilidade da apelante. Danos anímicos. Insubsistência. Recurso parcialmente provido. Maioria de votos. **VOTO VENCIDO.** 334

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE

Paternidade comprovada pelo exame de DNA – Irresignação. Inexistência de documentos que comprovam relação sexual do apelante com a genitora. Análise incorreta das provas. Recurso desprovido. 387

JÚRI

Desclassificação de tentativa de homicídio para lesões corporais – Decisão dos jurados baseada no depoimento isolado do réu. Opção do Conselho de Sentença manifestamente contrária à prova dos autos. Anulação do julgamento. Recurso provido. 696

LATROCÍNIO

Concurso de agentes – Autoria e materialidade comprovadas. Adequação do regime. Princípio da individualização da pena. Recurso parcialmente provido. 592

LEGISLAÇÃO ESTADUAL

Decretos

N. 1.634/2000 Art. 1º 580
Art. 2º 580

N. 14.250/1982 Art. 106 ... 496
Art. 107 ... 496

Leis
N. 11.348/2000 ... 231
N. 3.812/1999 ... 231
N. 5.624/1979 .... Vide Código de Divisão e Organização Judiciárias de Santa Catarina.
N. 8.240/1991 ... 284, 274

LEGISLAÇÃO FEDERAL

Decreto
N. 22.626/1933 ... Vide Lei de Usura.

Decretos-Leis
N. 1.001/1969 ... Vide Código Penal Militar.
N. 4.657/1942 ... Vide Lei de Introdução ao Código Civil.
N. 7.661/1945 ... Vide Lei de Falências.

Leis
N. 1.060/1950 ... Vide Lei da Assistência Judiciária.
N. 1.533/1951 ... Vide Lei do Mandado de Segurança.
N. 4.898/1965 Art. 3º, a e j ... 718
N. 4.591/1964 ... *Vide* Lei de Condomínio e Incorporações Imobiliárias.
N. 4.898/1965 Art. 1º ... 718
N. 4.898/1965 Art. 2º e alíneas ... 718
N. 4.898/1965 Art. 4º, *b* e *h* ... 718
N. 4.898/1965 Art. 5º ... 718
N. 5.172/1966 ... *Vide* Código Tributário Nacional.
N. 5.474/1968 ... *Vide* Lei das Duplicatas.
N. 6.001/1973 ... *Vide* Estatuto do Índio.
N. 6.368/1976 ... *Vide* Lei Antitóxicos.
N. 7.210/1984 ... *Vide* Lei de Execução Penal.
N. 8.009/1990 ... 463, 63
N. 8.038/1990 Art. 27, § 2º ... 265
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. 8.112/1990 Art. 117, XI ... 510
N. 8.112/1990 Art. 132, IV ... 510
N. 8.137/1990 ... 258

N. 8.213/1991 Art. 129 531
N. 8.429/1992 Art. 11, VI 510
N. 8.455/1992 063
N. 8.625/1993 ..... *Vide* Lei Orgânica Nacional do Ministério Público.
N. 8.710/1993 063
N. 8.898/1994 063
N. 8.950/1994 063
N. 8.952/1994 063
N. 8.953/1994 063
N. 8.971/1994 Art. 2º 348
N. 8.971/1994 Art. 3º 348
N. 9.032/1995 531
N. 9.079/1995 063
N. 9.099/1995 Art. 61 134
N. 9.139/1995 063
N. 9.245/1995 063
N. 9.271/1996 627
N. 9.278/1996 Art. 7º 382
N. 9.278/1996 Art. 7º, parágrafo único 348
N. 9.296/1996 Art. 6º, § 2º 649
N. 9.296/1996 Art. 8º, parágrafo único 649
N. 9.430/1996 Art. 83 643
N. 9.437/1997 Art. 10 613
N. 9.472/1997 ..... *Vide* Lei de Telecomunicações.
N. 9.492/1997 Art. 1º 456
N. 9.492/1997 Art. 8º, parágrafo único 456
N. 9.492/1997 Art. 21, § 3º 456
N. 9.503/1997 ..... *Vide* Código de Trânsito Brasileiro.
N. 9.711/1998 531
N. 9.800/1999 063
N. 10.028/2000 718
N. 10.352/2001 063
N. 10.358/2001 063
N. 10.406/2002 547
N. 10.409/2002 681
N. 10.409/2002 Art. 41, parágrafo único 688
N. 10.444/2002 063
N. 10.684/2003 Art. 9º 258

N. 10.826/2003 Art. 10 613
N. 10.826/2003 Art. 14 613
N. 11.101/2005 Art. 94, III 120
N. 11.187/2005 063
N. 11.232/2005 063
N. 11.241/2006 063
N. 11.277/2006 063
N. 11.313/2006 134
N. 11.343/2006 Art. 40, VI 627
N. 11.382/2006 063
N. 11.417/2006 063
N. 11.418/2006 Art. 1º, § 3º 063
N. 11.419/2007 063
N. 11.441/2007 063

LEGISLAÇÃO MUNICIPAL

Leis

N. 1.069/1991 (Balneário Camboriú) Art. 159 510
Art. 195, I 510
Art. 214, IV 510
Art. 224 510
Art. 231 510
Art. 238, § 1º 510
N. 971/1960 (Blumenau) 489

LEI ANTITÓXICOS (Lei n. 6.368/1976)

Art. 12, *caput* 287, 627
Art. 12 681
Art. 14 681
Art. 16 627
Art. 18, III 627
Art. 38 627

LEI DA ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA (Lei n. 1.060/1950)

Art. 12 ..... 348, 334

LEI DAS DUPLICATAS (Lei n. 5.474/1968)

Art. 7º 456

Art. 8º, I, II e III 456
Art. 13, § 1º 456
Art. 15, I, II, a, b e c 456

LEI DE CONDOMÍNIO E INCORPORAÇÕES IMOBILIÁRIAS (Lei n. 4.591/1964)
Art. 29 334
Art. 31 334
Arts. 32 e seguintes 334
Art. 43, VI 334

LEI DE EXECUÇÃO PENAL (Lei n. 7.210/1984)
Art. 29, *caput* 580
Art. 29, § 1º, *d* 580

LEI DE FALÊNCIAS (Decreto-Lei n. 7.661/1945)
Art. 2º, II 120

LEI DE INTRODUÇÃO AO CÓDIGO CIVIL (Decreto-Lei n. 4.657/1942)
Art. 2º, § 2º 531
Art. 5º 415

LEI DE TELECOMUNICAÇÕES (Lei n. 9.472/1997)
Art. 19, VII 568
Art. 103 568

LEI DE USURA (Decreto n. 22.626/1933)
Art. 1º 434

LEI DO MANDADO DE SEGURANÇA (Lei n. 1.533/1951)
Art. 10 510

LEI DOS CRIMES HEDIONDOS (Lei n. 8.072/1990)
..... 681, 688
Art. 2º, II, e § 2º 709
Art. 2º, § 1º 592, 627

LEI ORGÂNICA DA MAGISTRATURA NACIONAL (Lei Complementar n. 35/1979)
..... 225

LEI ORGÂNICA NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO (Lei n. 8.625/1993)

Art. 80 649

LEIS COMPLEMENTARES

N. 35/1979 (Federal) Vide Lei Orgânica da Magistratura Nacional.
N. 43/1992 (Estadual) 284, 274
N. 43/1992 (Estadual) Art. 3º, § 4º 313
N. 75/1993 (Federal) Art. 7º, II, e 8º, V 649
N. 156/1997 (Estadual) Art. 33, parágrafo único 531
N. 212/2001 (Estadual) 255
N. 255/2004 ..... Art. 26, XI e XII, anexo VII 313
N. 266/2004 (Estadual) 308

MANDADO DE SEGURANÇA

Servidores inativos – Contribuição previdenciária instituída pela EC n. 41/03. Constitucionalidade. Respeito ao limite de proventos. Ordem concedida parcialmente. 308

Servidores do Tribunal de Contas – Estabilidade financeira. Vantagem nominalmente identificável. Critério de reajuste. Mesma data e proporção do aumento dos servidores beneficiários. Precedentes desta Corte. Ordem concedida. 313

Administrativo e constitucional – Distribuidor judicial. Titular da serventia por delegação não optante de cargo público. Direito adquirido à permanência na situação jurídica. Aposentadoria compulsória inaplicável aos agentes políticos que não se incluem na categoria de servidores públicos. Direito líquido e certo. Segurança concedida. Maioria de votos. **VOTO VENCIDO**. 293

Auto de infração ambiental – Inscrição em dívida ativa. Recurso administrativo pendente. Efeito suspensivo. Nulidade caracterizada. Segurança concedida. 496

MEDIDA PROVISÓRIA N. 1.415/1996

..... 531

RECEPTAÇÃO DOLOSA

Revólver comprovadamente furtado – Receptação dolosa e porte ilegal. Crimes autônomos. Concurso material. Autoria e materialidade configuradas. Condenação. Minoração da pena-base. Possibilidade. Recurso parcialmente provido. 613

RECURSO

Agravo de instrumento – Direito de família. Mãe que entrega criança mediante termo a casal que não constava na lista de pretendentes à adoção. Deferida a busca e apreensão do infante. Lapso temporal de 2 anos. Convivência consolidada. Rigorismo processual desaconselhável. Interpretação teleológica de artigos da Constituição, do ECA e da LICC. Recurso provido. 415

Agravo de instrumento – Arresto. Expectativa de direito. Ausência de requisitos autorizadores. Necessidade de prova literal da dívida líquida e certa. Liminar cassada. Carência de ação. Extinção da ação cautelar. Recurso provido. 473

Agravo de instrumento – Execução. Exceção de impenhorabilidade. Penhora do box da garagem de apartamento. Proteção da Lei n. 8.009/90. Recurso provido. Maioria de votos. **VOTO VENCIDO.** 463

Agravo de instrumento – Recebimento de recurso no efeito devolutivo. Inconformismo. Pensão alimentícia decorrente de ilícito. Interpretação teleológica. Interlocutório mantido. Recurso desprovido. 382

Embargos infringentes – Pensão graciosa. Majoração do benefício para um salário mínimo. Princípio da dignidade humana. Recurso provido. Maioria de votos. **VOTO VENCIDO**. 489

Embargos infringentes – Contratos bancários. Juros remuneratórios. Limitação constitucional. Validade do índice pactuado desde que inferior à taxa de mercado divulgada pelo Bacen. Recurso desprovido. Maioria de votos. **VOTO VENCIDO**. 434

Agravo em agravo de instrumento – Decisão que nega seguimento ao recurso. Representação sindical. Litígio entre sindicatos. Competência. Justiça do Trabalho. Recurso desprovido. 321

RECURSO CRIME

Retificação de depoimento testemunhal em ação penal por meio de justificação judicial – Diminuição da pena. Possibilidade. Recurso parcialmente provido. 587

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA

Servidor público estadual – Correlação entre o cargo em comissão extinto e o novo. Ausência de prova. Dilação probatória. Inviabilidade do mandado de segurança. Recurso desprovido. 284

Ipesc – Autarquia estadual. Personalidade própria. Natureza similar ao recurso de apelação. Matéria de ordem pública. Ilegitimidade passiva *ad causam* do Secretário de Estado do Planejamento e Fazenda. Anulação do acórdão impugnado. Recurso provido parcialmente. 274

Constitucional – Teto remuneratório dos servidores públicos do Estado. Exclusão de vantagens de caráter pessoal. Inexistência de violação de direito líquido e certo. Recurso desprovido. 281

RECURSO EXTRAORDINÁRIO

Servidor público – Adicional por tempo de serviço. Incidência sobre a totalidade da remuneração. Precedentes da Primeira Turma. Recurso desprovido. 255

REINTEGRAÇÃO DE POSSE

Cessão de direitos hereditários – Comodato verbal. Notificação. Esbulho. Recurso desprovido. 348

REVISÃO CRIMINAL

Vide Recurso crime.

SÚMULA – TFR

N. 260 540

SÚMULAS – STF

N. 269 313
N. 271 313
N. 502 313
N. 596 434
N. 648 434
N. 718 688
N. 719 688

SÚMULAS – STJ

N. 07 396
N. 30 396
N. 54 501
N. 105 313
N. 110 531
N. 111 531
N. 227 214
N. 231 675
N. 267 261
N. 296 434

USUFRUTO

Extinção – Usufruto decorrente do casamento do filho do proprietário. Separação do casal usufrutuário. Causa motivadora. Extinção. Recurso provido. 390

ÍNDICE ONOMÁSTICO

Alcides Aguiar 473, 481, 446
Amaral e Silva 587, 592
André Alexandre Happke 11
Arnaldo Esteves Lima 284
Carlos Britto 230
Carlos Prudêncio 346, 380
Cesar Abreu 304
Cezar Peluso 230
Cid Goulart 496, 320
Cláudio Barreto Dutra 743, 741, 746
Edson Ubaldo 463, 445
Eládio Torret Rocha 733
Ellen Gracie 252
Eros Grau 225
Francisco Oliveira Filho 531, 540, 303, 320
Gaspar Rubik 293
Gilmar Mendes 255, 230
Irineu João da Silva 681, 675
Jaime Luiz Vicari 033
Janine Stiehler Martins 043
Jânio Machado 451, 456
João José Ramos Schaefer 63
Joaquim Barbosa 230
Joel Dias Figueira Júnior 368, 355
Jorge Mussi 709, 718
Jorge Schaefer Martins 404, 396

José Carlos Carstens Köhler 696, 604
Luiz Carlos Freyesleben 326
Luiz Cézar Medeiros 547, 568, 495
Márcio Schiefler Fontes 89
Marco Aurélio 230, 249
Marcus Tulio Sartorato 415, 421
Maria do Rocio Luz Santa Ritta 334, 348
Marli Mosimann Vargas 321
Maximiliano Losso Bunn 96
Monteiro Rocha 387, 382, 390
Nicanor da Silveira 319
Paulo Gallotti 274, 281
Paulo Medina 265
Renato Lisboa Altermani 120
Ricardo Fontes 320
Ricardo Lewandowski 229, 258
Rogério Carlos Demarchi 134
Rogério Zuel Gomes 137
Romano José Enzweiler 184
Rui Fortes 580, 313
Salete Silva Sommariva 434, 320
Sandra Mári Córdova D'Agostini 196
Sepúlveda Pertence 231, 230
Sérgio Luiz Junkes 214
Sérgio Paladino 667, 649
Solon d'Eça Neves 600, 643
Torres Marques 726, 688
Trindade dos Santos 468
Tulio Pinheiro 613, 627
Vanderlei Romer 501, 510

Volnei Carlin 489, 308
Wilson Augusto do Nascimento 754, 758, 751

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA
Diretoria de Documentação e Informações

Divisão de Documentação

Adelson André Brüggemann

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

Projeto Gráfico e Direção de Arte

Cláudio Trindade

Editoração Eletrônica

Gustavo Coelho da Costa

SANTA CATARINA TRIBUNAL DE JUSTICA:83845701000159

Assinado de forma digital por SANTA CATARINA TRIBUNAL DE JUSTICA:83845701000159
Dados: 2024.07.05 12:27:52 -03'00'