

**JURISPRUDÊNCIA
CATARINENSE**

Repositório de jurisprudência autorizado pelos Registros n. 8/1985
do Supremo Tribunal Federal e 18/1991 do Superior Tribunal de Justiça.

Ano XXXV – 2º trimestre de 2008 – N. 116 – Florianópolis – SC – 2009

JURISPRUDÊNCIA CATARINENSE

Publicação trimestral do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, sob responsabilidade gerencial da Divisão de Documentação da Diretoria de Documentação e Informações, com circulação nacional. Os colaboradores da revista Jurisprudência Catarinense, conforme dispositivo constitucional, gozam de liberdade de opinião e de crítica, e somente a eles pode ser atribuída qualquer responsabilidade civil ou criminal pelo raciocínio expandido em seus trabalhos. Todos os trabalhos publicados nesta revista foram selecionados pela Comissão de Jurisprudência.

Comissão de Jurisprudência (Portaria n. 240/2006)

Diretor

Des. João Eduardo Souza Varella

Des. Volnei Ivo Carlin – Presidente

Des. José Trindade dos Santos

Des. Salim Schead dos Santos

Des. Edson Nelson Ubaldo

Des. Cid José Goulart Júnior

Des. Sérgio Izidoro Heil

Diretor de Documentação e Informações

Almir Tadeu Peres

Jurisprudência Catarinense/Tribunal de Justiça – v. 1,
n. 1 (jul./set. 1973)–.– Florianópolis: TJ/SC, 1973.–
21cm

Trimestral

Repositório autorizado sob os n. 8/1985–STF e 18/1991–

STJ

ISSN: 1981-402X

COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(Janeiro de 2009)

Presidente

Des. FRANCISCO José Rodrigues de OLIVEIRA FILHO

Primeiro Vice-Presidente

Des. ALCIDES dos Santos AGUIAR

Segundo Vice-Presidente

Des. VOLNEI Ivo CARLIN

Terceiro Vice-Presidente

Des. NELSON Juliano SCHAEFER MARTINS

Corregedor-Geral da Justiça

Des. José TRINDADE DOS SANTOS

Vice-Corregedor-Geral da Justiça

Des. José GASPAS RUBIK

Des. Antônio Fernando do AMARAL E SILVA

Des. CARLOS PRUDÊNCIO

Des. PEDRO MANOEL ABREU

Des. João Eduardo SOUZA VARELLA

Des. CLÁUDIO BARRETO DUTRA

Des. NEWTON TRISOTTO

Des. SÉRGIO Torres PALADINO

Des. SOLON d'EÇA NEVES

Des. José MAZONI FERREIRA

Des. IRINEU JOÃO DA SILVA

Des. LUIZ CÉZAR MEDEIROS

Des. VANDERLEI ROMER

Des. ELÁDIO TORRET ROCHA

Des. WILSON AUGUSTO DO NASCIMENTO

Des. JOSÉ VOLPATO de Souza

Des. SÉRGIO Roberto BAASCH LUZ

Des. Antônio do Rêgo MONTEIRO ROCHA
Des. FERNANDO CARIONI
Des. José Antônio TORRES MARQUES
Des. LUIZ CARLOS FREYESLEBEN
Des. RUI Francisco Barreiros FORTES
Des. Marco Aurélio GASTALDI BUZZI
Des. MARCUS TULLIO 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
Des. JAIME RAMOS
Des. ALEXANDRE d'IVANENKO
Des. NEWTON JANKE
Des. LÉDIO ROSA DE ANDRADE
Des. MOACYR DE MORAES LIMA FILHO
Des. JORGE Henrique SCHAEFER MARTINS
Desa. MARLI MOSIMANN Vargas
Des. SÉRGIO Izidoro HEIL
Des. José Carlos CARSTENS KÖHLER
Des. JOÃO HENRIQUE BLASI
Des. JORGE LUIZ DE BORBA
Des. VICTOR José Sebem FERREIRA
Desa. REJANE ANDERSEN

Juíza de Direito de Segundo Grau SÔNIA MARIA SCHMITZ
Juiz de Direito de Segundo Grau TULLIO José Moura PINHEIRO
Juiz de Direito de Segundo Grau RONALDO MORITZ MARTINS DA SILVA
Juiz de Direito de Segundo Grau JÂNIO de Souza MACHADO
Juiz de Direito de Segundo Grau JAIME Luiz VICARI
Juiz de Direito de Segundo Grau PAULO ROBERTO CAMARGO COSTA
Juiz de Direito de Segundo Grau JOEL DIAS FIGUEIRA JÚNIOR
Juiz de Direito de Segundo Grau HENRY Goy PETRY JUNIOR

Juiz de Direito de Segundo Grau ROBERTO LUCAS PACHECO
Juiz de Direito de Segundo Grau RODRIGO ANTÔNIO da Cunha
Juiz de Direito de Segundo Grau JOSÉ INÁCIO SCHAEFER
Juiz de Direito de Segundo Grau RICARDO José ROESLER
Juiz de Direito de Segundo Grau DOMINGOS PALUDO
Juiz de Direito de Segundo Grau PAULO ROBERTO SARTORATO
Juiz de Direito de Segundo Grau ROBSON Luz VARELLA
Juiz de Direito de Segundo Grau PAULO HENRIQUE MORITZ MARTINS DA SILVA
Juiz de Direito de Segundo Grau CLÁUDIO VALDYR HELFENSTEIN
Juíza de Direito de Segundo Grau CLÁUDIO ALBERTO CIVINSKI

ÓRGÃOS JULGADORES

TRIBUNAL PLENO

Presidente

Des. FRANCISCO José Rodrigues de OLIVEIRA FILHO

Des. ALCIDES dos Santos AGUIAR

Des. Antônio Fernando do AMARAL E SILVA

Des. CARLOS PRUDÊNCIO

Des. José GASPAR RUBIK

Des. PEDRO MANOEL ABREU

Des. José TRINDADE DOS SANTOS

Des. João Eduardo SOUZA VARELLA

Des. CLÁUDIO BARRETO DUTRA

Des. NEWTON TRISOTTO

Des. SÉRGIO Torres PALADINO

Des. SOLON d'EÇA NEVES

Des. José MAZONI FERREIRA

Des. VOLNEI Ivo CARLIN

Des. IRINEU JOÃO DA SILVA

Des. LUIZ CÉZAR MEDEIROS

Des. VANDERLEI ROMER
Des. ELÁDIO TORRET ROCHA
Des. WILSON AUGUSTO DO NASCIMENTO
Des. NELSON Juliano SCHAEFER MARTINS
Des. JOSÉ VOLPATO de Souza
Des. SÉRGIO Roberto BAASCH LUZ
Des. Antônio do Rêgo MONTEIRO ROCHA
Des. FERNANDO CARIONI
Des. José Antônio TORRES MARQUES
Des. LUIZ CARLOS FREYESLEBEN
Des. RUI Francisco Barreiros FORTES
Des. Marco Aurélio GASTALDI BUZZI
Des. MARCUS TULLIO 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
Des. JAIME RAMOS
Des. ALEXANDRE d'IVANENKO
Des. NEWTON JANKE
Des. LÉDIO ROSA DE ANDRADE
Des. MOACYR DE MORAES LIMA FILHO
Des. JORGE Henrique SCHAEFER MARTINS
Desa. MARLI MOSIMANN Vargas
Des. SÉRGIO Izidoro HEIL
Des. José Carlos CARSTENS KÖHLER
Des. JOÃO HENRIQUE BLASI
Des. JORGE LUIZ DE BORBA
Des. VICTOR José Sebem FERREIRA
Desa. REJANE ANDERSEN

CONSELHO DA MAGISTRATURA

Des. FRANCISCO José Rodrigues de OLIVEIRA FILHO – Presidente
Des. ALCIDES dos Santos AGUIAR – 1º Vice-Presidente
Des. José TRINDADE DOS SANTOS – Corregedor-Geral da Justiça
Des. José GASPAR RUBIK – Vice-Corregedor-Geral da Justiça
Des. VOLNEI Ivo CARLIN – 2º Vice-Presidente
Des. IRINEU JOÃO DA SILVA
Des. NELSON Juliano SCHAEFER MARTINS – 3º Vice-Presidente
Des. JOSÉ VOLPATO de Souza
Des. FERNANDO CARIONI
Des. José Antônio TORRES MARQUES
Des. LUIZ CARLOS FREYESLEBEN
Des. RUI Francisco Barreiros FORTES

SEÇÃO CIVIL

Des. CARLOS PRUDÊNCIO – Presidente
Des. José GASPAR RUBIK
Des. PEDRO MANOEL ABREU
Des. CLÁUDIO BARRETO DUTRA
Des. NEWTON TRISOTTO
Des. José MAZONI FERREIRA
Des. LUIZ CÉZAR MEDEIROS
Des. VANDERLEI ROMER
Des. ELÁDIO Torret ROCHA
Des. WILSON AUGUSTO DO NASCIMENTO
Des. JOSÉ VOLPATO de Souza
Des. SÉRGIO Roberto BAASCH LUZ
Des. Antônio do Rêgo MONTEIRO ROCHA
Des. FERNANDO CARIONI
Des. LUIZ CARLOS FREYESLEBEN
Des. RUI Francisco Barreiros FORTES
Des. Marco Aurélio GASTALDI BUZZI
Des. MARCUS TULIO SARTORATO
Des. CESAR Augusto Mimoso Ruiz ABREU
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
Des. JAIME RAMOS
Des. NEWTON JANKE
Des. LÉDIO ROSA DE ANDRADE
Des. JORGE Henrique SCHAEFER MARTINS
Desa. MARLI MOSIMANN Vargas
Des. SÉRGIO Izidoro HEIL
Des. José Carlos CARSTENS KÖHLER
Des. JOÃO HENRIQUE BLASI
Des. JORGE LUIZ DE BORBA
Des. VICTOR José Sebem FERREIRA
Desa. REJANE ANDERSEN

GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO CIVIL

Des. CARLOS PRUDÊNCIO – Presidente
Des. José GASPAS RUBIK
Des. José MAZONI FERREIRA
Des. ELÁDIO Torret ROCHA
Des. Antônio do Rêgo MONTEIRO ROCHA
Des. FERNANDO CARIONI
Des. LUIZ CARLOS FREYESLEBEN
Des. MARCUS TULLIO SARTORATO
Desa. MARIA DO ROCIO LUZ SANTA RITTA
Des. EDSON Nelson UBALDO
Des. SÉRGIO Izidoro HEIL
Des. VICTOR José Sebem FERREIRA

GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO COMERCIAL

Des. WILSON AUGUSTO DO NASCIMENTO – Presidente
Des. Marco Aurélio GASTALDI BUZZI
Des. RICARDO Orofino da Luz FONTES

Des. SALIM SCHEAD DOS SANTOS
Des. HILTON CUNHA JÚNIOR
Des. LÉDIO ROSA DE ANDRADE
Des. JORGE Henrique SCHAEFER MARTINS
Desa. MARLI MOSIMANN Vargas
Des. José Carlos CARSTENS KÖHLER
Des. JOÃO HENRIQUE BLASI
Des. JORGE LUIZ DE BORBA
Desa. REJANE ANDERSEN

GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO

Des. PEDRO MANOEL ABREU – Presidente
Des. CLÁUDIO BARRETO DUTRA
Des. NEWTON TRISOTTO
Des. LUIZ CÉZAR MEDEIROS
Des. VANDERLEI ROMER
Des. JOSÉ VOLPATO de Souza
Des. SÉRGIO Roberto BAASCH LUZ
Des. RUI Francisco Barreiros FORTES
Des. CESAR Augusto Mimoso Ruiz ABREU
Des. CID José GOULART Júnior
Des. JAIME RAMOS
Des. NEWTON JANKE

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Des. CARLOS PRUDÊNCIO – Presidente
Des. José GASPAR RUBIK
Des. EDSON Nelson UBALDO
Juiz de Direito de Segundo Grau JOEL DIAS FIGUEIRA JÚNIOR (Cooperador)

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Des. José MAZONI FERREIRA – Presidente
Des. LUIZ CARLOS FREYESLEBEN
Des. SÉRGIO Izidoro HEIL

Juiz de Direito de Segundo Grau JAIME Luiz VICARI (Cooperador)

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Des. FERNANDO CARIONI – Presidente

Des. MARCUS TULIO SARTORATO

Desa. MARIA DO ROCIO LUZ SANTA RITTA

Juiz de Direito de Segundo Grau HENRY Goy PETRY JUNIOR (Cooperador)

QUARTA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Des. ELÁDIO Torret ROCHA – Presidente

Des. Antônio do Rêgo MONTEIRO ROCHA

Des. VICTOR José Sebem FERREIRA

Juiz de Direito de Segundo Grau RONALDO MORITZ MARTINS DA SILVA
(Cooperador)

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

Des. RICARDO Orofino da Luz FONTES – Presidente

Des. SALIM SCHEAD DOS SANTOS

Desa. MARLI MOSIMANN Vargas

Juiz de Direito de Segundo Grau RODRIGO ANTÔNIO da Cunha
(Cooperador)

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

Des. WILSON AUGUSTO DO NASCIMENTO – Presidente

Des. JORGE Henrique SCHAEFER MARTINS

Des. Des. JORGE LUIZ DE BORBA

Juiz de Direito de Segundo Grau ROBSON Luz VARELLA (Cooperador)

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

Des. Marco Aurélio GASTALDI BUZZI – Presidente

Des. HILTON CUNHA JÚNIOR

Des. REJANE ANDERSEN

Juiz de Direito de Segundo Grau PAULO ROBERTO CAMARGO COSTA
(Cooperador)

QUARTA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

Des. LÉDIO ROSA DE ANDRADE – Presidente
Des. José Carlos CARSTENS KÖHLER
Des. JOÃO HENRIQUE BLASI
Juiz de Direito de Segundo Grau JOSÉ INÁCIO SCHAEFER (Cooperador)

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

Des. NEWTON TRISOTTO – Presidente
Des. VANDERLEI ROMER
Des. SÉRGIO Roberto BAASCH LUZ
Juiz de Direito de Segundo Grau PAULO HENRIQUE MORITZ MARTINS DA SILVA
(Cooperador)

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

Des. CESAR Augusto Mimoso Ruiz ABREU – Presidente
Des. CID José GOULART Júnior
Des. NEWTON JANKE
Juiz de Direito de Segundo Grau RICARDO José ROESLER (Cooperador)

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

Des. PEDRO MANOEL ABREU – Presidente
Des. RUI Francisco Barreiros FORTES
Des. LUIZ CÉZAR MEDEIROS
Juíza de Direito de Segundo Grau SÔNIA MARIA SCHMITZ (Cooperadora)

QUARTA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

Des. CLÁUDIO BARRETO DUTRA – Presidente
Des. JOSÉ VOLPATO de Souza
Des. JAIME RAMOS

Juiz de Direito de Segundo Grau JÂNIO de Souza MACHADO (Cooperador)

CÂMARA CIVIL ESPECIAL

Des. NELSON Juliano SCHAEFER MARTINS – Presidente
Juiz de Direito de Segundo Grau DOMINGOS PALUDO
Juiz de Direito de Segundo Grau PAULO ROBERTO SARTORATO
Juiz de Direito de Segundo Grau CARLOS ALBERTO CIVINSKI

SEÇÃO CRIMINAL

Des. Antônio Fernando do AMARAL E SILVA – Presidente
Des. João Eduardo SOUZA VARELLA
Des. SÉRGIO Torres PALADINO
Des. SOLON d'EÇA NEVES
Des. IRINEU JOÃO DA SILVA
Des. José Antônio TORRES MARQUES
Desa. SALETE SILVA SOMMARIVA
Des. ALEXANDRE d'IVANENKO
Des. MOACYR DE MORAES LIMA FILHO

PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL

Des. Antônio Fernando do AMARAL E SILVA – Presidente
Des. João Eduardo SOUZA VARELLA
Des. SOLON d'EÇA NEVES
Juiz de Direito de Segundo Grau CLÁUDIO VALDYR HELFENSTEIN
(Cooperador)

SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL

Des. SÉRGIO Torres PALADINO – Presidente
Des. IRINEU JOÃO DA SILVA
Desa. SALETE SILVA SOMMARIVA
Juiz de Direito de Segundo Grau TULIO José Moura PINHEIRO (Cooperador)

TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL

Des. José Antônio TORRES MARQUES – Presidente

Des. ALEXANDRE d'IVANENKO

Des. MOACYR DE MORAES LIMA FILHO

Juiz de Direito de Segundo Grau ROBERTO LUCAS PACHECO (Cooperador)

SUMÁRIO

5 COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DOCTRINA

- 25 Cooperativas de trabalho. Características legais para a existência de uma autêntica sociedade cooperativa. Apontamentos para a identificação de fraude contra os direitos trabalhistas – Ana Cláudia Torret Rocha.
- 44 Comentários à Lei n. 11.689/08 (Procedimento do Tribunal do Júri) – Maurílio Moreira Leite.
- 84 Impasse no questionário do júri – Maurílio Moreira Leite.
- 87 A padronização no formato dos acórdãos do Tribunal de Justiça de Santa Catarina como instrumento de celeridade processual – Osvaci Amaro Venâncio Júnior.
- 109 O que é “Justiça Social”? – Sérgio Luiz Junkes.

NOTICIÁRIO

- 147 Discurso de posse do Dr. Jorge Luiz de Borba no cargo de Des. do Tribunal de Justiça de Santa Catarina.
- 151 Discurso da Desa. Salete Silva Sommariva em nome do Tribunal de Justiça, onde saúda o Des. empossado Jorge Luiz de Borba.
- 154 Discursos proferidos pelo Des. Francisco Oliveira Filho, Presidente do TJSC, e pela Desa. Maria do Rocio Luz Santa Ritta na inauguração do Fórum Des. Eduardo Pedro Carneiro da Cunha Luz.

HISTÓRIA JURÍDICA

- 161 Legado Perene. Desembargadora Thereza Grisólia Tang escreveu seu nome na história do Judiciário brasileiro ao se tornar a primeira mulher a ocupar o cargo de juíza.

LEGISLAÇÃO

- 169 Ato Regimental

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

- 173 Agravo Regimental no Recurso Extraordinário
- 177 *Habeas Corpus*
- 184 Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

- 193 Conflito de Competência
- 200 *Habeas Corpus*
- 205 Recurso Especial

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA

GRUPO DE CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

- 219 Agravo de Instrumento

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

- 236 Apelações Cíveis

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

- 252 Apelações Cíveis

QUARTA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

- 290 Apelações Cíveis

QUARTA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

- 354 Apelações Cíveis

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

- 373 Agravo de Instrumento
- 394 Apelações Cíveis
- 426 Reexame Necessário

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

- 448 Agravo de Instrumento
- 453 Apelações Cíveis

QUARTA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

- 528 Apelações Cíveis

PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL

- 556 Apelação Criminal

SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL

- 570 Apelações Criminais

TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL

664 *Habeas Corpus*

679 **RELAÇÃO DAS COMARCAS DO ESTADO SANTA CATARINA**

697 **ÍNDICE NUMÉRICO**

701 **ÍNDICE POR ASSUNTO**

727 **ÍNDICE ONOMÁSTICO**

DOCTRINA

COOPERATIVAS DE TRABALHO: CARACTERÍSTICAS LEGAIS PARA A EXISTÊNCIA DE UMA AUTÊNTICA SOCIEDADE COOPERATIVA E APONTAMENTOS PARA A IDENTIFICAÇÃO DE FRAUDE CONTRA OS DIREITOS TRABALHISTAS

Ana Cláudia Torret Rocha*

RESUMO

O presente estudo objetiva apresentar os requisitos legais que permitem a identificação das legítimas sociedades cooperativas de trabalho. Para empreender essa tarefa serão comparadas as características presentes na relação entre sociedade cooperativa e seus associados com aquelas constantes na ligação entre sociedade empresarial e seus empregados. A comparação visa conferir uma interpretação sistêmica ao parágrafo único do art. 442 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), considerando, ainda, as Recomendações Internacionais que abordam a temática das cooperativas de trabalho.

Palavras-chave: Cooperativas de trabalho. Requisitos legais. Fraude.

INTRODUÇÃO

O crescente aumento no número de cooperativas de trabalho é fato que importa ao mundo econômico e, por via conexa, ao mundo do trabalho, já que ambos estão intimamente ligados.

A proliferação das cooperativas de trabalho tem sido estimulada não só pela opção ao combate ao desemprego mas também pela redução que

* Advogada. Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho..

representam ao custo empresarial. Não é por outra razão que a Organização Internacional do Trabalho (OIT), por meio da Recomendação n. 127, incentiva a criação de sociedades cooperativas como meio efetivo de desenvolvimento econômico e social de todos os povos.

Atento a essa tendência, o ordenamento pátrio estabeleceu bases constitucionais e legais para a criação das sociedades cooperativas, consubstanciadas no art. 174, § 2º, da Constituição Federal de 1988 (CF/88) e na Lei n. 5.764/71, que define a Política Nacional de Cooperativismo.

Contudo, a realidade tem demonstrado que a maior parte das cooperativas de trabalho constituídas no Brasil não honram os princípios do cooperativismo nem foram criadas com vistas a melhorar a condição dos cooperados; assumem tal identidade apenas para impedir a aplicação da legislação trabalhista.

A escolha do presente tema tem a intenção de apontar os contornos legais que permitem harmonizar o estímulo à criação das sociedades cooperativas de trabalho, ao mesmo tempo de combater a utilização desta modalidade de entidade empresarial apenas com o intuito de violar os direitos trabalhistas.

Inicialmente, serão identificadas as características legais existentes na relação entre as legítimas sociedades cooperativas e seus associados. Em seguida, far-se-á uma comparação com os elementos componentes das relações entre sociedades empresariais e respectivos empregados e entre cooperativas e associados, porquanto, não raro, estas últimas têm sido utilizadas no lugar das primeiras, para fugir, como dito, das obrigações trabalhistas.

Para alcançar o objetivo pretendido, o estudo conferirá interpretação sistêmica ao parágrafo único do art. 442 da CLT, conjugando-o com as Recomendações dos Organismos Internacionais do Trabalho, a CF/88,

a legislação ordinária pátria e os postulados da prevalência da realidade sobre a forma.

1 O COOPERATIVISMO NO MUNDO E NO BRASIL. CARACTERÍSTICAS DAS SOCIEDADES COOPERATIVAS DE TRABALHO. LEI N. 5.764/71

O estímulo à criação das cooperativas é assunto tratado pela OIT, que o aponta como objetivo especial a ser observado pelos programas de política pública. O item 8.1.b da Recomendação n. 193, emanada desse Organismo, estabelece ao Poder Público o dever de assegurar que a formação e o uso das cooperativas não visem à desobediência das leis trabalhistas ou ao encobrimento de relações de emprego, combatendo as falsas cooperativas violadoras dos direitos trabalhistas.

O sistema do cooperativismo possui como base filosófica e doutrinária o humanismo, segundo o qual é necessário que cada pessoa pratique seus atos com vistas a atingir uma coletividade. Nessa linha, considera que o diferencial básico das cooperativas reside: 1) no homem, já que ele é ao mesmo tempo o capital e o social; 2) na liberdade, já que o cooperado possui a liberdade de agir para melhorar seus negócios; 3) na igualdade, já que todos os sócios possuem os mesmos direitos e a mesma responsabilidade perante a sociedade; 4) na solidariedade, porque por esse valor o indivíduo se vê inserido na vida social; e 5) na racionalidade, já que a razão é combustível para o avanço nos meios de produção (SANTOS, 2005, p. 1.247).

Corroborando o acima exposto, é importante voltar a atenção para o anexo da Recomendação n. 193 da OIT, no qual se encontra parte da Declaração sobre a Identidade Cooperativa adotada pela Assembléia-Geral da Aliança Cooperativa Internacional, em 1995, que aponta os seguintes princípios do cooperativismo:

Adesão Voluntária e Aberta: As cooperativas são organizações voluntárias, abertas a todas as pessoas capazes de fazer uso de seus serviços e dispostas a aceitar a responsabilidade de sócio, sem discriminação social, racial, política, religiosa ou de sexo.

Controle democrático pelo cooperado: As cooperativas são organizações democráticas controladas por seus cooperados, que participam ativamente na formulação de suas políticas e de tomadas de decisões. Homens e mulheres que atuam como representantes eleitos falam em nome dos associados. Nas cooperativas primárias os cooperados têm iguais direitos de voto (um cooperado, um voto) e as cooperativas em outros níveis são também organizadas de maneira democrática.

Participação econômica do associado: Os cooperados contribuem equitativamente para o capital de sua cooperativa e o controlam democraticamente. Em geral, pelo menos parte desse capital é propriedade comum da cooperativa. Normalmente os sócios recebem uma compensação, caso exista, limitada ao capital subscrito no ato da associação. Os cooperados alocam suplementações para todas ou algumas das seguintes finalidades: desenvolver a cooperativa, possivelmente com a criação de reservas, parte das quais seria, no mínimo, indivisível; beneficiar os cooperados proporcionalmente a suas transações com a cooperativa e apoiar outras atividades aprovadas pelos sócios.

Autonomia e independência: As cooperativas são organizações autônomas, de auto-ajuda, controladas por seus membros. Caso entrem em acordo com outras organizações, inclusive o governo, ou levantem capital em fontes externas, elas o fazem em termos que garantam o controle democrático por seus membros e respeitem sua autonomia cooperativa.

Educação, formação e informações: As cooperativas oferecem educação e formação a seus cooperados e representantes eleitos, gerentes e empregados, de modo a que contribuam efetivamente para o desenvolvimento de suas cooperativas. Informam o público em geral, especialmente jovens e líderes de opinião, sobre a natureza e os benefícios da cooperação.

Cooperação entre cooperativas: As cooperativas servem a seus membros da maneira mais eficiente possível e fortalecem o

movimento cooperativo operando em conjunto, por meio de estruturas locais, nacionais, regionais e internacionais.

Interesse pela comunidade: As cooperativas trabalham para o desenvolvimento sustentável de suas comunidades por meio de políticas aprovadas por seus membros.

Tendo por inspiração comum os ideários acima apontados, as cooperativas podem, contudo, ser distinguidas em relação ao seu objeto, de acordo com a seguinte classificação: a) cooperativas de crédito; b) cooperativas de produção; c) cooperativas de consumo; d) cooperativas mistas; e) cooperativas habitacionais; f) cooperativas de eletrificação rural; g) cooperativas escolares; e h) cooperativas de trabalho (SILVA, 2005, p. 76).

O III Seminário Brasileiro de Cooperativas de Trabalho, realizado em 1987, concluiu pela seguinte definição:

As cooperativas de trabalho são associações de pessoas físicas, de uma ou mais categorias de trabalhadores, reunidas para o exercício profissional em comum, em regime de autogestão democrática e de livre adesão, tendo como base primordial o retorno ao cooperado do resultado de sua atividade laborativa, deduzidos exclusivamente os custos administrativos, a reserva técnica e os fundos sociais.

O surgimento das cooperativas de trabalho amparou-se em dois fatores: a existência de classe operária consciente economicamente e detentora de formação profissional satisfatória e a vigência de um regime econômico-social e político liberal para permitir a reunião de grupos de trabalhadores insatisfeitos (ANTONI, 1980, apud MAUAD, 2001, p. 68).

Assim, presentes essas condições, as cooperativas de trabalho estariam aptas a serem formadas e poderiam assumir as seguintes subespécies: a) cooperativas de produção e serviço: o traço principal é a detenção, pelos associados, dos meios e demais fatores de produção e serviços, de modo que são negociados os produtos objeto de trabalho dos cooperados e não a força de trabalho em si mesma; b) cooperativas de mão-de-obra: têm

como característica primordial colocar à disposição mão-de-obra para as empresas, sem que os cooperados possuam os meios e fatores para a realização do trabalho, de forma que deve a empresa contratante oferecê-los; c) organizações comunitárias de produção: organização de pessoas da comunidade para a produção do trabalho; e d) cooperativas de trabalho mistas: nelas existe mais de um objeto de atividade, e pode haver produção de bens e prestação de serviços ou, ainda, prestação de serviços e disposição de mão-de-obra (MAUAD, 2001, p. 91).

Nesse contexto é que a CF/88, ao tratar da ordem econômica e financeira, aponta como dever do Estado o estímulo ao cooperativismo (art. 174, § 2º), enquanto a Lei n. 5.764/71 institui o regime jurídico das cooperativas.

Os artigos 3º e 4º da Lei n. 5.764/71, por sua vez, apresentam um rol de peculiaridades das sociedades cooperativas, caracteres que as distinguem das demais sociedades.

As cooperativas são sociedades de pessoas (e não de capital), razão pela qual há entre os sócios um estreito relacionamento operacional, assumindo especial relevância, por isso mesmo, a cooperação recíproca e a intenção de conjugar esforços. Embora o art. 6º, I, da Lei n. 5.764/71, excepcionalmente, permita a admissão de pessoas jurídicas, somente podem fazer parte de uma cooperativa de trabalho as pessoas físicas, não só por se tratar de sociedade de pessoas mas também pela circunstância de que a eliminação da figura do empresário é um de seus objetivos.

A natureza dos trabalhos prestados pelos cooperados é, assim, autônoma, e os próprios associados decidem o rumo da sociedade quando elegem seus dirigentes e participam das assembléias. Destarte, conclui-se que todos os associados são iguais perante a sociedade, e não existe, conseqüentemente, hierarquia entre eles. É importante esclarecer, todavia, que, embora os cooperados possuam autonomia perante a cooperativa, devem

estes observar os estatutos e as diretrizes definidas em assembléia, com sua própria participação, sem que tal atitude se confunda com subordinação ou hierarquia.

Gomes (1998) entende que a *affectio societatis* também está presente nas sociedades cooperativas e se consubstancia, primordialmente, com a intenção comum dos sócios de compartilhar lucros e perdas, seja assumindo as responsabilidades e os riscos do empreendimento, seja partilhando o destino da empresa.

As cooperativas são, pois, sociedades com estatuto próprio e natureza jurídica civil, exatamente por lhes faltar a finalidade especulativa, ainda que o lucro não seja incompatível com a sua natureza. Isso porque, ao se afirmar que as sociedades cooperativas não possuem lucro, pretende-se dizer que não há finalidade de lucro no sentido de acumulação em proveito da pessoa jurídica, sobretudo quando se considera que os sócios cooperados almejam que o trabalho seja executado com eficiência, e o lucro seja consequência do bom desempenho das atividades.

De outro lado, aspecto ainda relevante nas sociedades cooperativas e resultado da priorização das pessoas sobre o capital é a singularidade do voto, já que cada associado possui direito a um só voto, independentemente do número de quotas-partes do capital social que detenha.

A adesão a uma sociedade cooperativa deve resultar, assim, de manifestação hígida de vontade, tais como a persuasão e a coação. Entretanto, embora a associação a uma determinada cooperativa dependa de vontade livre e consciente do agente, tal fato não impede que a sociedade negue o ingresso de pessoas que não possuam qualificação técnica para desempenhar com eficiência as atividades para as quais se propõe.

Outra característica importante das sociedades cooperativas e que as diferencia das sociedades empresariais é o *quorum* de funcionamento e deliberação da assembléia, que se baseia no número de associados e não

no capital social, já que, de acordo com o postulado da gestão democrática, todos os membros possuem igualdade de participação e decisão nas diretrizes da sociedade.

Importa esclarecer que, conquanto não seja o lucro o objetivo primordial das cooperativas, a Lei n. 5.764/71, no art. 4º, inc. VII, prevê que, na hipótese de sua ocorrência, situação denominada de “sobras líquidas” ou “excedentes”, a quantia seja repartida entre os associados na exata medida da participação na sociedade, se outra destinação não for conferida na Assembléia-Geral.

Se de um lado as “sobras líquidas” podem ser distribuídas entre os associados, o mesmo não ocorre com os Fundos de Reserva e Assistência Técnica, Educacional e Social, que são indivisíveis e devem ser destinados para estímulo, desenvolvimento e educação da comunidade, um dos postulados que orientam o sistema do cooperativismo, consoante antes explanado.

Peculiaridade que assume especial relevância para o presente estudo é a eliminação, nas sociedades cooperativas, da figura do empresário. Na medida que os associados de uma cooperativa dominam a técnica do trabalho e detêm conhecimento para a gerência da sociedade, eles atuam como instrumento de melhoria na distribuição e circulação de riquezas, partilhando entre os próprios trabalhadores os ganhos que seriam destinados ao empresário.

Nesse mesmo sentido, o princípio da dupla qualidade, previsto no *caput* do art. 4º da Lei n. 5.764/71, estabelece que o cooperado, em relação à sociedade cooperativa, é cliente e cooperado, e assume um papel de beneficiário central dos serviços. A partir deste postulado tem-se que a finalidade de uma sociedade cooperativa é, primordialmente, a prestação de serviços aos cooperados. O princípio em comento, contudo, não impede que a cooperativa de trabalho preste serviços a terceiros interessa-

dos, desde que os resultados revertam em proveito dos cooperados. Dessa forma, a sociedade cooperativa não pode ser criada apenas com intuito de beneficiar terceiros alheios à sociedade, sob pena de se distanciar do ideário cooperativista.

Conseqüência do princípio da dupla qualidade, observado pelo ângulo do cooperado enquanto cliente, está a retribuição pessoal diferenciada, isto é, o associado deve obter, em razão dos serviços que lhe são prestados pela sociedade cooperativa, retribuição pessoal diferenciada e superior àque-la que receberia caso não fosse associado. Em rigor, conforme já salientado, este é o estímulo para a criação das sociedades cooperativas.

2 SUBCONTRATAÇÃO DE EMPRESAS. COOPERATIVAS DE TRABALHO *VERSUS* SOCIEDADES EMPRESARIAIS. INTERPRETAÇÃO DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 442 DA CLT

O fenômeno mundial denominado de terceirização, relevante no Brasil a partir de 1980, surgiu em meio a um contexto social caracterizado pela busca incessante de emprego e pela diminuição dos custos empresariais. Também conhecida como subcontratação de empresas, a terceirização teve como primeira função a redução dos custos da produção dos bens e serviços. Entretanto, à medida que avançou no tempo, aperfeiçoou-se como instituto, passando de mero instrumento de redução de custos empresariais para técnica de gestão empresarial que ambiciona a qualidade, a eficiência e a especialização dos bens e serviços (DELGADO, 2007, p. 429).

Na concepção de Silva (2005, p. 83), o fenômeno da subcontratação de empresas é o “[...] processo pelo qual se delega a terceiros, denominados parceiros, a produção de serviços ou bens que não façam parte da atividade-fim da tomadora dos serviços”.

Para o direito laboral, a terceirização como instituto jurídico perpassa os contornos da relação existente entre empregado e beneficiário dos serviços, e é definida como o fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação justabalhista que lhe é correspondente (DELGADO, 2007, p. 430).

Para uma melhor compreensão do tema é necessário esclarecer que para o Direito do Trabalho a regra é a formação do vínculo de emprego entre o trabalhador e aquele que foi beneficiado com os serviços, consoante dispõem os arts. 2º e 3º da CLT. São exceções as situações em que se autoriza a ocorrência da terceirização.

Atualmente, as hipóteses de terceirização estão previstas nas Leis n. 7.102/73 (Serviços de Vigilância) e n. 6.019/74 (Trabalho Temporário), bem como na Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho. A parte final do item III da referida Súmula autoriza a subcontratação de empresas para a realização de serviços de conservação e limpeza, assim como daqueles especializados ligados à atividade-meio do tomador. Em outras palavras, está autorizada a contratação de trabalhador por intermédio de empresa prestadora de serviços, nos casos de trabalho temporário, serviços de vigilância, serviços de conservação e limpeza ou especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que estejam ausentes a personalidade e a subordinação em relação ao tomador dos serviços.

Nessas subcontratações, não obstante consubstanciarem situações excepcionais, porquanto o vínculo de emprego não ocorre com o beneficiário direto dos serviços prestados, a relação empregatícia existirá entre o obreiro e a empresa prestadora dos serviços (empresa interposta).

Impende ressaltar que até o momento em que eram regulamentadas pelo art. 174, § 2º, da CF/88 e pela Lei n. 5.764/71 não se cogitava o uso de sociedades cooperativas como elemento de fraude contra direitos trabalhistas, realidade essa que foi alterada com a inserção do parágrafo

único ao art. 442 da CLT e Lei n. 8.949/94. Conquanto a primeira parte do referido dispositivo apenas tenha repetido o que já dispunha o art. 90 da Lei n. 5.764/71, a parte final tem sido alvo de interpretações divergentes, na medida em que estabelece não haver, independentemente do ramo de atuação da sociedade cooperativa, relação de emprego entre os cooperados e os tomadores dos serviços.

Alguns doutrinadores, como Neto (2006), defendem que a expressão “tomadores dos serviços” inserida no dispositivo retrocitado autoriza a subcontratação de empresas revestidas sob a forma jurídica de cooperativas. Mesmo entre os estudiosos que admitem a autorização legislativa para a subcontratação de sociedades cooperativas, há dissenso quanto ao alcance da norma.

Fato que não se discute, todavia, é o aumento do número de cooperativas de trabalho após a alteração do art. 442 da CLT, tanto no meio rural quanto nos centros urbanos. Entretanto, a prática tem demonstrado que o aumento da exploração de mão-de-obra cooperativada tem sido estrategicamente estimulada pelos empregadores, sob duas formas distintas. No primeiro estratagema utilizado, os empregadores dispensam os trabalhadores e condicionam o retorno ao trabalho à criação de sociedade cooperativa. Assim, os antigos empregados voltam a prestar o mesmo serviço sem, contudo, a proteção trabalhista. A segunda estratégia consiste na criação de sociedade cooperativa por verdadeiros empresários que, dolosamente, autodenominam-se de “sócios diretores da cooperativa” e que contratam trabalhadores que prestam serviços de modo assalariado, não eventual e subordinado, sem que se lhes reconheça a condição de empregados. O intuito é tão-só encobrir a real condição de sociedades empresariais (PINTO, 1996, p. 114, apud BORBA, 2004, p. 175).

Para bem compreender a realidade acima descrita, duas correntes interpretativas buscam definir o alcance e o sentido do parágrafo único do art. 442 da CLT.

A primeira corrente, a que se perfilha Magano (1996), entende que o artigo em questão merece interpretação literal, o que resulta na impossibilidade de configuração do vínculo de emprego quando o trabalhador estiver realizando suas atividades por intermédio de uma sociedade cooperativa. Tal corrente de pensamento nem mesmo aceita o reconhecimento da relação de emprego na hipótese de se verificar que os atos foram praticados com intuito de fraudar a aplicação da legislação trabalhista (art. 9º da CLT), porquanto argumenta ser o parágrafo único do art. 442 da CLT seu próprio preceito.

Mauad (2001), adepto da segunda corrente doutrinária, de modo mais prudente, afirma que a regra em apreço, conquanto seja elemento integrante da CLT, não impede a aplicação dos arts. 2º, 3º e 9º do mesmo diploma legal. Ao contrário, defende a interpretação do parágrafo único do art. 442 da CLT em consonância com o postulado da “primazia da realidade”, que aconselha a preferência pela realidade em detrimento da forma, bem como da Lei n. 5.764/71, que traz insertos os elementos existentes em uma sociedade cooperativa (XAVIER, 2003, p. 28, apud BORBA, 2004, p.177).

Essa segunda corrente interpretativa concorda, ainda, com o pensamento dominante nos organismos internacionais que tutelam as relações de trabalho, tal qual sugere a Recomendação n. 193 da OIT.

Quadra destacar que, mesmo não detendo força vinculante, as recomendações da OIT são, inegavelmente, fontes materiais do direito do trabalho. Nesse sentido, e porque é dever do Estado estimular a criação das cooperativas, bem como velar para que elas não representem instrumento

de evasão à legislação trabalhista, o parágrafo único do art. 442 da CLT merece interpretação mais acurada.

Ademais, nesse mesmo sentido aconselha a hermenêutica, ciência que estuda as técnicas de interpretação da norma, para a qual não deve ser usada a concepção *in claris cessat interpretatio*. Assim, por mais nítido que pareça o dispositivo, ele deve ser interpretado de modo a revelar o seu real alcance e a sua significação.

Dessa maneira, a melhor interpretação a ser conferida ao parágrafo único do art. 442 da CLT deve ser aquela que o considera parte integrante de um sistema jurídico, razão por que impende seja lido em consonância com os demais dispositivos celetistas, especialmente os artigos 2º, 3º e 9º, e com o postulado da primazia da realidade sobre a forma.

Sob outro enfoque hermenêutico, o operador do Direito deve estar ciente de que a interpretação de um dispositivo legal deve visionar os fins sociais e as exigências do bem comum, consoante dispõe o art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil. E diz-se mais, sob pena de olvidar todas as lutas e conquistas dos trabalhadores ao longo da história, traduzidas pelas normas do direito do trabalho, não há defender o atingimento do bem comum quando a interpretação de um dispositivo promove a supressão dos direitos trabalhistas.

Do mesmo modo, a aplicação do postulado da primazia da realidade em consonância com o dispositivo em comento (art. 442, parágrafo único, da CLT) permite ao operador do Direito inferir, em cada caso concreto, se a prestação do trabalho efetivamente ocorreu por meio de verdadeira sociedade cooperativa ou se, ao contrário, reúne as características inerentes a uma relação de emprego. É dizer: ainda que a relação esteja formalmente constituída sob o manto do cooperativismo, se estiverem presentes os requisitos dos artigos 2º e 3º da CLT na relação existente entre o obreiro e a suposta cooperativa, os atos praticados com o escopo de fraudar a

aplicação da legislação trabalhista, consoante determina o art. 9º da CLT, serão considerados nulos.

Como bem ensina Gonçalves (2005, p. 73), dependendo do modo pelo qual for constatada a realização dos serviços, a conclusão perpassará pela legalidade da cooperativa de trabalho ou pelo encobrimento de uma sociedade empresarial, desconsiderando-se os aspectos formais que a revestem.

Nesse sentido, a aplicação conjunta do parágrafo único do art. 442 da CLT, dos artigos 3º e 4º da Lei n. 5.764/71 e dos artigos 2º e 3º, também do diploma legal trabalhista, fundamenta a comparação entre os sócios cooperados e os empregados, e permite as seguintes distinções entre as figuras:

a) por pertencerem a uma sociedade de pessoas, todos os cooperados possuem, entre si, uma estreita ligação operacional, já que têm a intenção de conjugar esforços, o que não ocorre com os empregados que não possuem especial ligação entre si;

b) os cooperados, ao receberem os serviços prestados pela cooperativa, consubstanciados na melhoria das condições econômicas e de trabalho, assumem a posição de clientes; já quando prestam serviços a terceiros, realizam o papel de cooperado. Aí reside a característica da dupla qualidade: cliente e cooperado. Os empregados, por sua vez, apenas colocam à disposição seus serviços em prol da sociedade empresarial;

c) a sociedade cooperativa é criada com a finalidade primordial de prestar serviços aos associados. Ela poderá prestar serviços a terceiros, mas nunca ter esse objetivo como meta principal. As sociedades empresariais não são criadas para prestar serviços aos seus empregados, ao contrário, existem com a pretensão de servir a terceiros interessados;

d) os cooperados desenvolvem seu trabalho de modo autônomo, não recebendo ordens da cooperativa, mas apenas diretrizes na prestação dos trabalhos. Entretanto, sua obrigação de obediência às diretrizes estipuladas para a prestação dos serviços não lhes fere a autonomia, desde que tenham sido criadas mediante deliberação entre os associados, com vistas a conferir ordem e disciplina, distribuindo-lhes, de modo igualitário, os serviços. Os empregados, ao contrário, sofrem um controle mais rígido;

e) os cooperados participam das assembleias nas mesmas condições de igualdade, seja decidindo as políticas de negócio a serem adotadas pela sociedade, seja elegendo seus diretores e conselheiros (podendo até mesmo ser votado). Os empregados não participam das decisões sobre os destinos da sociedade nem participam da escolha dos dirigentes, pois as políticas de negócios são deliberadas pelos empresários;

f) a opção de aderir a uma sociedade cooperativa deve ser um ato voluntário do associado, desprovida de persuasão ou coação, já que deve estar ciente da assunção dos compromissos de união de esforços para a melhoria de sua situação econômica e social, bem como dos demais associados. Já a obrigação primordial dos empregados é a prestação eficiente dos serviços e obediência às ordens emanadas do empregador;

g) aos cooperados é repassado o valor da receita obtida em decorrência da prestação dos serviços a terceiros, quantia esta que poderá variar de acordo com as atividades realizadas. Por ocasião do balanço anual, havendo algum valor denominado de “sobras líquidas ou excedentes”, se outro não for o destino conferido por decisão da Assembleia, a legislação prevê que seja rateado entre os associados na medida exata da participação na prestação dos serviços. Por outro lado, regra geral, aos empregados são conferidos valores preestabelecidos.

Assim, percebe-se que as diferenças entre uma sociedade cooperativa e uma sociedade empresarial são significativas, pelo que não há razão para

serem confundidas. O operador do Direito poderá guiar-se pelas características e distinções apontadas, como critérios para a configuração da fraude contra os direitos laborais. Se constatar que a relação entre a cooperativa e o cooperado não ocorria nos moldes estabelecidos pela Lei n. 5.764/71, mas, ao contrário, apenas visava encobrir a existência de uma relação de emprego, serão considerados nulos os atos praticados, consoante estabelece o art. 9º da CLT.

Dessa forma, o parágrafo único do art. 442 da CLT não comporta presunção absoluta de inexistência de vínculo de emprego, nem entre cooperativa e cooperado nem entre este e o tomador dos serviços, e deve ser entendido à luz do princípio da primazia da realidade. Assim, não será reconhecido o vínculo de emprego quando a cooperativa o for verdadeiramente, não somente no aspecto formal mas também no substancial.

CONCLUSÃO

O sistema do cooperativismo segue, entre outras, a doutrina do solidarismo, segundo a qual há uma relação de interdependência entre os homens envolvidos, em que a ação de um repercute em todos os demais, estimulando-lhes a cooperação, pois a união visa proporcionar vantagens maiores do que aquelas obtidas se isolados estivessem.

A sociedade cooperativa possui fundamentos que devem pautar todos os atos societários, tais como a adesão voluntária, a ajuda mútua, o aprimoramento profissional dos cooperados, o desenvolvimento social da comunidade e a gestão democrática por seus membros, consubstanciada na participação de todos os associados nas decisões das diretrizes políticas e econômicas da cooperativa.

Segundo preceituam o § 2º do art. 174 da CF/88 e a Lei n. 5.764/71, constitui dever do Estado promover o estímulo às sociedades cooperativas. Nesse sentido sugere a Recomendação n. 193 da OIT; ao mesmo tempo

alerta para a necessidade de se combater qualquer iniciativa que intente criar sociedade cooperativa com o objetivo de desvirtuar a aplicação da legislação trabalhista.

De outro lado, enquanto mantém a regra geral de que há formação do vínculo de emprego entre o trabalhador e o beneficiário dos serviços prestados, desde que presentes os requisitos constantes nos artigos 2º e 3º da CLT, o Tribunal Superior do Trabalho, por meio da Súmula 331, tem admitido hipóteses excepcionais da ocorrência da terceirização, fenômeno pelo qual se autoriza a contratação de trabalhadores por interposta empresa.

Nessa mesma direção, a Lei n. 8.949/94 inseriu o parágrafo único no art. 442 da CLT. Após essa alteração, constatou-se o crescimento das cooperativas de trabalho apenas com o intuito de impedir a aplicação da legislação trabalhista, já que esse artigo impede o reconhecimento do vínculo de emprego entre sociedade cooperativa e cooperado, bem como entre este e o tomador dos serviços. Entretanto, referido preceito deve ser interpretado juntamente com outras regras previstas no ordenamento, tais como a Lei n. 5.764/71 e o princípio da primazia da realidade, segundo o qual o operador do Direito deve observar se a prestação do trabalho efetivamente ocorreu por meio de verdadeira sociedade cooperativa ou se, ao contrário, reúne as características inerentes a uma relação de emprego, seja em relação à sociedade cooperativa ou ao tomador dos serviços.

Elementos indicadores da utilização da sociedade cooperativa apenas como intermediadora de mão-de-obra podem ser colhidos a partir da análise dos artigos 3º e 4º da Lei n. 5.764/71, que apontam as características existentes na relação entre cooperativa e cooperado, em contraponto aos elementos caracterizadores da relação de emprego previstos nos artigos 2º e 3º da CLT.

A propósito, em uma verdadeira sociedade cooperativa são encontradas as seguintes características, entre outras: a) os cooperados possuem, entre si, uma estreita ligação operacional, já que têm a intenção de conjugar esforços; b) os cooperados possuem a peculiaridade da dupla qualidade e são clientes e cooperados; c) a sociedade cooperativa é criada com a finalidade primordial de prestar serviços aos associados (ela poderá prestar serviços a terceiros, mas nunca ter esse objetivo como meta principal); d) os cooperados desenvolvem seu trabalho de modo autônomo em relação à sociedade, embora devam seguir as diretrizes para a realização das atividades estabelecidas mediante deliberação entre eles; e) os cooperados participam das assembleias, decidindo as políticas de negócio a serem adotadas pela sociedade, elegendo seus diretores e conselheiros (podendo até mesmo ser votados); f) no momento da adesão a uma sociedade cooperativa, que deve ser voluntária, o cooperado está consciente da assunção do compromisso de união de esforços para a melhoria de sua situação econômica e social e dos demais associados, bem como a utilização da cooperativa para a obtenção de serviços em seu benefício; g) aos cooperados é repassado o valor da receita obtida em decorrência da prestação dos serviços a terceiros, quantia esta que poderá variar de acordo com as atividades realizadas.

Diante do exposto, de acordo com o item 8.b da Recomendação n. 193 da OIT, com o § 2º do art. 174 da CF/88, com a Lei n. 5.764/71 e sob a égide do princípio da primazia da realidade, conclui-se que o parágrafo único do art. 442 da CLT traz presunção relativa de inexistência de vínculo de emprego, tanto entre cooperativa e cooperado quanto entre este e o tomador dos serviços.

REFERÊNCIAS

- BORBA, Joselita Nepomuceno. Cooperativa de trabalho e relação de emprego. *Revista LTr*, São Paulo, v. 68, n. 2, fev. 2004, p. 173-177.
- DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2007.
- GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. *Curso de direito do trabalho*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- GONÇALVES, Nilton Oliveira. *Terceirização de mão-de-obra*. São Paulo: LTr, 2005.
- MAUAD, Marcelo. *Cooperativas de trabalho: sua relação com o direito do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2001.
- MUCERINO, Andréa Ehlke. Os direitos indisponíveis no âmbito do direito do trabalho e as falsas cooperativas de trabalho. *Revista LTr*, São Paulo, v. 69, n. 2, fev. 2005, p. 198-207.
- NETO, Indalécio Gomes. Terceirização: relações triangulares no direito do trabalho. *Revista LTr*, São Paulo, v. 70, n. 9, set. 2006, p. 1.031-1.039, 2006.
- SANTOS, Érika Cristina Aranha dos. A fraude nas cooperativas de trabalho. *Revista LTr*. São Paulo, v. 69, n. 10, out. 2005, p. 1.246-1.254.
- SILVA, Leda Maria Messias da. *Cooperativas de trabalho: terceirização sem intermediação: as cooperativas de mão-de-obra e a terceirização sem fraudes*. São Paulo: LTr, 2005.

COMENTÁRIOS À LEI N. 11.689/08: PROCEDIMENTO DO TRIBUNAL DO JÚRI *

Maurílio Moreira Leite**

Está prevista na Constituição Federal, art. 5º, inciso XXXVIII, letra *d*, a competência do Tribunal do Júri para julgamento dos crimes dolosos contra a vida, e cabe à lei ordinária organizá-lo com atendimento dos princípios da amplitude de defesa, sigilo das votações e soberania dos veredictos. A matéria estava disciplinada no Código de Processo Penal, que somente a partir do art. 406 até o 497 reservava prescrições exclusivas ao Tribunal do Júri. Até então, era utilizado o procedimento comum.

Com o advento da Lei n. 11.689, de 9 de junho de 2008, o procedimento relativo ao Tribunal do Júri recebeu disciplinamento próprio, começando do recebimento da denúncia, em que foram utilizados os mesmos artigos que regulavam a matéria, o 406 até o 497. Examiná-los é nossa intenção, com despreziosos comentários, quando necessários, limitando-nos a transcrevê-los quando claros e objetivos.

Todavia, chegar-se-á ao artigo 406 se vencida a fase prevista no artigo 395, que disciplina o recebimento da denúncia, redação que lhe deu a Lei n. 11.719, de 20 de junho de 2008. Antes, a matéria era prevista no artigo 43, que foi revogado e continha a seguinte redação:

A denúncia ou queixa será rejeitada quando: I – o fato narrado evidentemente não constituir crime; II – já estiver extinta a punibilidade, pela prescrição ou outra causa; III – for manifesta a ilegitimidade da parte ou faltar condição exigida pela lei para o exercício da ação penal.

* Artigo redigido em setembro de 2008.

** Desembargador aposentado do Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

Pelas normas atuais (art. 395), “a denúncia ou queixa será rejeitada quando: I – for manifestamente inepta; II – faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal; ou III – faltar justa causa para o exercício da ação penal”.

Passaram a ser causas de absolvição sumária (art. 397) as antes estabelecidas no artigo 43, itens I e II, que determinavam o não-recebimento da denúncia ou queixa.

Art. 406 – Recebida a denúncia ou a queixa, será determinada a citação do acusado para, por escrito, no prazo de 10 (dez) dias, responder a acusação.

Diz o § 1º que o prazo “será contado a partir do efetivo cumprimento do mandado ou do comparecimento, em juízo, do acusado ou de defensor constituído, no caso de citação inválida ou por edital”.

É de notar que, quando o acusado se ocultar para não ser citado, a citação ocorrerá por hora certa, nos termos dos artigos 227 a 229 do Código de Processo Civil, conforme o artigo 362 do Código de Processo Penal, redação que lhe deu a Lei n. 11.719/08. Em decorrência, o não-comparecimento do acusado citado por edital, ou de defensor constituído, determinará a suspensão do processo e do prazo prescricional, conforme estabelecido pelo artigo 366.

§ 2º — Fixa o número de testemunhas que poderão ser arroladas (8) pela acusação.

§ 3º — “Na resposta, o acusado poderá argüir preliminares e alegar tudo que interesse a sua defesa, oferecer documentos e justificações, especificar as provas pretendidas e arrolar testemunhas, até o máximo de 8 (oito), qualificando-as e requerendo sua intimação, quando necessário”.

Art. 407 – Repete o que foi dito no procedimento ordinário e sumário (art. 396-A, § 1º): “A exceção será processada em apartado, nos termos dos arts. 95 a 112 deste Código”.

Art. 408 – “Não apresentada resposta no prazo legal, o juiz nomeará defensor para oferecê-la em até 10 (dez) dias, concedendo-lhe vista dos autos”.

Tenha-se em conta que essa providência não poderá ser adotada se a citação tiver sido por edital, pois o prazo somente terá fluência a partir do comparecimento do acusado, ou de defensor constituído (art. 406, § 1º).

Art. 409 – Será ouvido o Ministério Público ou o querelante acerca das preliminares e documentos apresentados na resposta (prazo de 5 dias).

Art. 410 – Fixa o prazo para determinação da audiência em que as testemunhas serão ouvidas, bem como das diligências, se for o caso.

Art. 411 – Disciplina a audiência de instrução, quando serão ouvidas as testemunhas, as de acusação em primeiro lugar, o ofendido, se possível, bem como peritos, estes se requerido antecipadamente (art. 411, § 1º), realizadas acareações, reconhecimento de pessoas ou coisas, e interrogatório, se presente o réu. Embora não exista menção, é indispensável a intimação prévia das pessoas que deverão estar presentes, salvo as testemunhas arroladas pela defesa, se não requerida a medida (arts. 394, § 5º, e 396-A).

§ 1º — “Os esclarecimentos dos peritos dependerão de prévio requerimento e de deferimento pelo juiz”.

§ 2º — Acolhendo o princípio da concentração, é determinado que “as provas serão produzidas em uma só audiência, podendo o juiz indeferir as consideradas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias”.

§ 3º — Encerrada a instrução, aplicar-se-á o disposto no artigo 384, se da prova amealhada couber nova definição jurídica do fato. Caso de aditamento obrigatório, nos termos da nova redação atribuída ao referido artigo pela Lei n. 11.719/08:

“Encerrada a instrução probatória, se entender cabível nova definição jurídica do fato, em consequência de prova existente nos autos de elemento ou circunstância da infração penal não contida na acusação, o Ministério Público deverá aditar a denúncia ou queixa, no prazo de 5 (cinco) dias, se em virtude desta houver sido instaurado o processo em crime de ação pública, reduzindo-se a termo o aditamento, quando feito oralmente.

“§ 1º Não procedendo o órgão do Ministério Público ao aditamento, aplica-se o art. 28 deste Código” (remessa dos autos ao Procurador-Geral de Justiça, a quem caberá a decisão).

§ 2º — Antes da decisão acerca do recebimento do aditamento, é indispensável ser ouvida a defesa, no prazo de 5 (cinco) dias. Aceito o aditamento, será designada audiência para continuação da anterior, com ouvida de testemunhas (se arroladas), novo interrogatório, debates e julgamento.

§ 4º — “As alegações serão orais, concedendo-se a palavra, respectivamente, à acusação e à defesa, pelo prazo de 20 (vinte) minutos, prorrogáveis por mais 10 (dez)”.

§ 5º — “Havendo mais de 1 (um) acusado, o tempo previsto para a acusação e a defesa de cada um deles será individual”.

§ 6º — Concede prazo (10 minutos) para o assistente de acusação, com prorrogação por igual tempo à defesa.

§ 7º — Proíbe o adiamento de qualquer ato, “salvo quando imprescindível à prova faltante”, autorizando a condução coercitiva de quem faltou, medida de difícil realização para a mesma audiência, o que importará na designação de nova.

§ 8º — Este parágrafo autoriza que a testemunha que comparecer seja inquirida, independentemente da suspensão da audiência, observando-se que as arroladas pela acusação devem ser ouvidas em primeiro lugar. Ora, não havendo referência a quem arrolou a testemunha que compareceu, conclui-se que a ordem de ouvida deve ser obedecida com relação às testemunhas presentes.

§ 9º — Em princípio, encerrados os debates, a sentença deverá ser proferida, podendo, no entanto, ser elaborada posteriormente, no prazo de 10 (dez) dias. Não faz nenhuma referência às partes, que poderão ter dificuldade no oferecimento de alegações orais. Nesse caso, cabível o disposto nos artigos 394, § 5º, e 403, § 3º, redações que lhes deu a Lei n. 11.719/08, respectivamente: “Aplicam-se subsidiariamente aos procedimentos especial, sumário e sumaríssimo as disposições do procedimento ordinário”; “O juiz poderá, considerada a complexidade do caso ou o número de acusados, conceder às partes o prazo de 5 (cinco) dias sucessivamente para a apresentação de memoriais. Nesse caso, terá o prazo de 10 (dez) dias para proferir a sentença”.

Art. 412 – Fixa o prazo de 90 (noventa) dias para o término do procedimento, o que vale dizer, noventa dias a partir do recebimento da denúncia até a prolação de sentença (de pronúncia, impronúncia ou absolvição sumária), haja vista sua posição, último artigo da “Seção I”, que trata “Da acusação e da instrução preliminar”.

Da pronúncia, da impronúncia e da absolvição sumária

Art. 413 – “O juiz, fundamentadamente, pronunciará o acusado, se convencido da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação”.

O novo disciplinamento da matéria, na essência, é idêntico ao anterior, previsto no art. 408, porém não mais se refere à “existência do crime”, mas à “materialidade do fato”, exigindo que os indícios sejam “suficientes”,

não só de autoria como “de participação”. Pretendeu, por certo, ao não se referir à “existência do crime”, evitar qualquer influência no espírito dos jurados. Também incluiu a expressão “participação”, acolhendo a diferença entre o autor, que pratica os atos tipificadores da infração penal, e aquele que, sem praticá-los, contribuiu para a realização do evento final.¹

§ 1º — Neste parágrafo é demonstrada inequivocamente a preocupação do legislador de que a sentença de pronúncia não influa na decisão dos jurados, pois, apesar de exigir sua fundamentação, limita-a “à indicação da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação, devendo o juiz declarar o dispositivo legal em que julgar incurso o acusado e especificar as circunstâncias qualificadoras e as causas de aumento de pena”. Há muito a doutrina apontava a necessidade de a sentença de pronúncia ser elaborada em termos sóbrios e comedidos, o que hoje é expressamente previsto.

§ 2º — “Se o crime for afiançável, o juiz arbitrará o valor da fiança para concessão ou manutenção da liberdade provisória”.

São inafiançáveis os “crimes punidos com reclusão em que a pena mínima cominada for superior a 2 (dois) anos”. Tratando-se de infração em que a pena cominada seja detenção, é possível a concessão de fiança, salvo “nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade, se o réu já tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado; em qualquer caso, se houver no processo prova de ser o réu vadio” (art. 323, incisos III e IV). Ainda há limitação à concessão de fiança, mesmo que a pena cominada seja detenção, nas hipóteses delineadas no artigo 324, salientando-se o referido no inciso IV — “quando presentes os motivos que autorizam a decretação da prisão preventiva (art. 312)”.

1 A respeito do tema, leia-se NUCCI, Guilherme de Souza. Código penal comentado. 4. ed. Revista dos Tribunais. p. 196 et seq.

São afiançáveis os crimes da competência do Júri, tendo em vista a qualidade da pena cominada – detenção: infanticídio, aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento e aborto provocado por terceiros, previstos, respectivamente, nos artigos 123, 124 e 125, todos do Código Penal.

Todavia, a solução para a hipótese aventada não é fácil, como pode parecer. No momento da pronúncia, o réu poderá estar preso ou solto. A primeira situação será decorrente da necessidade da prisão preventiva. Preso em flagrante, o recolhimento à prisão terá sido mantido se cabível a prisão preventiva, consoante previsto no artigo 310 e seu parágrafo único: “Quando o juiz verificar pelo auto de prisão em flagrante que o agente praticou o fato, nas condições do art. 19, I, II e III, do Código Penal,” – hoje, art. 23, I, II e III – “poderá, depois de ouvir o Ministério Público, conceder ao réu liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos do processo, sob pena de revogação. Parágrafo único. Igual procedimento será adotado quando o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, a inocorrência de qualquer das hipóteses que autorizam a prisão preventiva (arts. 311 e 312)”. Tenha-se em conta que não há nenhuma restrição à concessão da liberdade provisória pela qualidade ou quantidade da pena cominada, salvo os casos expressamente previstos na Lei n. 8.072/90, que trata dos denominados crimes hediondos.

Assim, preso em decorrência de flagrante, mantido o recolhimento por ser necessária a custódia cautelar, a soltura poderia ser determinada em qualquer momento, dès que deixassem de existir as razões que a determinaram, nos exatos termos do artigo 316: “O juiz poderá revogar a prisão preventiva se, no correr do processo, verificar a falta de motivo para que subsista, bem como de novo decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem”. E a liberdade provisória sem fiança, inexistindo razões que a tornem inviável, não poderá ser substituída por fiança, sob pena de violação da Constituição Federal, artigo 5º, inciso LXVI, *in verbis*: “Ninguém

será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”.

Na segunda situação, o réu encontra-se solto por ocasião da sentença de pronúncia e sua prisão será determinada se motivos existirem a justificar a custódia preventiva, ao contrário da disposição anterior, artigo 408, § 1º, em que pronúncia era determinante de prisão, salvo a ocorrência do contido no antigo § 2º: “Se o réu for primário e de bons antecedentes, poderá o juiz deixar de decretar-lhe a prisão ou revogá-la, caso já se encontre preso”.

§ 3º — Este parágrafo confirma o que foi dito anteriormente: a pronúncia, por si só, não implica na prisão do réu, pois determina que o juiz decidirá motivadamente acerca da manutenção ou revogação da prisão antes decretada. Ou, tratando-se de acusado solto, decidirá sobre a necessidade da prisão preventiva.

Art. 414 – Diz respeito à hipótese de impronúncia, o que ocorrerá se o juiz não se convencer da materialidade do fato ou da “existência de indícios suficientes de autoria”.

Parágrafo único – Nova denúncia poderá ser formulada com base em provas supervenientes, enquanto não extinta a punibilidade.

Art. 415 – Aqui são enumeradas as hipóteses de absolvição, quais sejam: “I – provada a inexistência do fato; II – provado não ser ele autor ou partícipe do fato; III – o fato não constituir infração penal; IV – demonstrada causa de isenção de pena ou de exclusão do crime”. Antes a matéria estava prevista na antiga redação do artigo 411, com menção, tão-somente, às causas de isenção de pena e exclusão de crime.

Deixou de existir o recurso “de ofício”, que era decorrente da absolvição sumária, anteriormente previsto no art. 411.

O parágrafo único limita o acolhimento da absolvição pela ocorrência de inimizabilidade (art. 26, CP) à inexistência de outra tese defensiva. É que a absolvição assim decretada impõe ao réu medida de segurança, nos termos do artigo 97 do Código Penal. Por evidente, as teses defensivas deverão ser examinadas, reconhecendo-se a causa de isenção de pena se elas forem rejeitadas. Isso não quer dizer que, mesmo na inexistência de tese defensiva acerca do mérito, não deva o juiz examinar o conjunto probatório, acolhendo, se for o caso, a mais propícia aos interesses do réu. Na dúvida, caberá aos jurados a decisão.

Art. 416 – “Contra a sentença de impronúncia ou de absolvição sumária caberá apelação”. Antes o recurso era o em sentido estrito, estabelecido no art. 581, IV e VI, do Código de Processo Penal. Foi mantido o em sentido estrito quando houver pronúncia (art. 581, inciso IV, primeira parte).

Art. 417 – “Se houver indícios de autoria ou de participação de outras pessoas não incluídas na acusação, o juiz, ao pronunciar ou impronunciar o acusado, determinará o retorno dos autos ao Ministério Público, por 15 (quinze) dias, aplicável, no que couber, o art. 80 deste Código”.

Por sua vez, o art. 80 disciplina a “separação dos processos quando as infrações tiverem sido praticadas em circunstâncias de tempo ou de lugar diferentes, ou, quando pelo excessivo número de acusados e para não lhes prolongar a prisão provisória, ou por outro motivo relevante, o juiz reputar conveniente a separação”. Tratando-se de pronúncia, a separação se impõe, pois em relação às demais pessoas (art. 417) deverá ser realizada integral instrução, com retardamento do julgamento do que foi pronunciado. A providência também deve ser tomada no caso de absolvição, dès que ocorrentes os pressupostos estabelecidos no artigo em análise, como também, se for o caso, aplicável o artigo 40: “Quando, em autos ou papéis de que conhecerem, os juízes ou tribunais verificarem a existência de crime de

ação pública, remeterão ao Ministério Público as cópias e os documentos necessários ao oferecimento da denúncia”.

Art. 418 – O réu defende-se do fato que lhe foi imputado e com este há necessidade de a sentença se harmonizar, em face do princípio da correlação. Todavia, tal não se estende à classificação, que poderá ser adequada à narrativa constante da denúncia. Nesse sentido o disposto no artigo em referência: “O juiz poderá dar ao fato definição jurídica diversa da constante da acusação, embora o acusado fique sujeito a pena mais grave”.

Art. 419 – A competência do Tribunal do Júri é definida na Constituição Federal, art. 5º, inciso XXXVIII, letra *d*: o julgamento dos crimes dolosos contra a vida. O artigo 74, § 1º, do Código de Processo Penal expressamente os enumera: “§ 1º Compete ao Tribunal do Júri o julgamento dos crimes previstos nos arts. 121, §§ 1º e 2º, 122, parágrafo único, 123, 124, 125, 126 e 127 do Código Penal, consumados ou tentados”. Imposta nova classificação ao fato delituoso e não sendo o juiz competente para julgá-lo, os autos deverão ser remetidos para quem o seja.

Parágrafo único – Com a remessa dos autos ao juiz competente, o réu preso ficará à sua disposição.

Art. 420 – Neste artigo e seus incisos é disciplinada a intimação da sentença de pronúncia — ela deverá ser feita pessoalmente ao acusado, Ministério Público e defensor nomeado. Ao defensor constituído e ao assistente, a medida será efetuada mediante publicação oficial. Não encontrado o réu, ele será intimado por edital. Como se vê, com relação ao defensor constituído não foi seguido o princípio da igualdade das partes, uma vez que a intimação será feita por publicação, enquanto ao Ministério Público será pessoalmente. Antes não era possível a intimação do réu por edital; exigia-se que fosse pessoal, sob pena de o processo não ter continuidade (antiga redação do art. 413: “O processo não prosseguirá até que o réu seja intimado da sentença de pronúncia.”). Salvo quando se tratasse de crime

afiançável, que obedeceria a determinações próprias, permitido, inclusive, que a intimação fosse por edital, nos termos da antiga redação do art. 415, seus incisos e parágrafos primeiro e segundo.

Art. 421 – “Preclusa a decisão de pronúncia, os autos serão encaminhados ao juiz presidente do Tribunal do Júri”.

É correta a expressão “preclusa”, pois, ao contrário da antiga redação (art. 416), a sentença de pronúncia não transita em julgado, pelo menos não no sentido material, mas no meramente formal, haja vista poder ser alterada no julgamento pelo Plenário do Júri, ou mesmo pela ocorrência de circunstância superveniente, conforme assinalado no § 1º.

§ 1º — “Ainda que preclusa a decisão de pronúncia, havendo circunstância superveniente que altere a classificação do crime, o juiz ordenará a remessa dos autos ao Ministério Público”, com aplicação do disposto no artigo 384, redação que lhe deu a Lei n. 11.719, de 20 de junho de 2008, que diz respeito ao aditamento.

§ 2º — “Em seguida, os autos serão conclusos ao juiz para decisão”. Da nova decisão as partes deverão ser intimadas, nos termos do artigo 420.

Da preparação do processo para julgamento em plenário

Art. 422 – Ao receber os autos, se não foi ele quem dirigiu a instrução, o Presidente do Tribunal do Júri determinará a intimação dos interessados para, no prazo de 5 (cinco) dias, arrolarem as testemunhas que irão depor em plenário, até o máximo de 5 (cinco), os quais poderão, nessa oportunidade, juntar documentos e requerer diligências. Esta fase substituiu a apresentação do libelo e contrariedade, que deixaram de existir.

Nesta fase, se indispensável o depoimento de alguma testemunha, a intimação desta deverá ser requerida, conforme deflui do contido no art. 461: “O julgamento não será adiado se a testemunha deixar de compare-

cer, salvo se uma das partes tiver requerido a sua intimação por mandado, na oportunidade de que trata o art. 422 deste Código, declarando não prescindir do depoimento e indicando a sua localização”.

Art. 423 – Caberá ao juiz determinar a realização das diligências requeridas, se deferidas, sanando qualquer nulidade porventura existente. Após, elaborará “relatório sucinto do processo, determinando sua inclusão em pauta da reunião do Tribunal do Júri”.

Art. 424 – Não sendo o Presidente do Tribunal do Júri competente para o preparo do processo, quem o for, consoante o disposto na Lei de Organização Judiciária de cada Estado Federativo, deverá remeter-lhe “os autos do processo preparado até 5 (cinco) dias antes do sorteio a que se refere o art. 433 deste Código”.

Do alistamento dos jurados

Art. 425 – Diz respeito à lista geral de jurados, cujo número vincula-se à população das respectivas comarcas. O juiz presidente deve requisitar “às autoridades locais, associações de classe e de bairro, entidades associativas e culturais, instituições de ensino em geral, universidades, sindicatos, repartições públicas e outros núcleos comunitários a indicação de pessoas que reúnam as condições para exercer a função de jurado”. Ou seja, cidadãos “maiores de 18 (dezoito) anos, de notória idoneidade” (art. 436).

Disposição similar encontrava-se no artigo 439, em sua redação original.

Art. 426 – “A lista geral dos jurados, com indicação das respectivas profissões, será publicada pela imprensa até o dia 10 de outubro de cada ano e divulgada em editais afixados à porta do Tribunal do Júri”.

§ 1º — Autoriza a revisão da lista “de ofício ou mediante reclamação de qualquer do povo ao juiz presidente até o dia 10 de novembro, data de sua publicação definitiva”.

§ 2º — Com a lista deverão ser transcritos os arts. 436 a 446, que disciplinam a função de jurado.

§ 3º — “Os nomes e endereços dos alistados, em cartões iguais, após serem verificados na presença do Ministério Público, de advogado indicado pela Seção local da Ordem dos Advogados do Brasil e de defensor indicado pelas Defensorias Públicas competentes, permanecerão guardados em urna fechada a chave, sob a responsabilidade do juiz presidente”.

É de notar que, com relação à Justiça Estadual, em Santa Catarina, não existe Defensoria Pública.

§ 4º — Exclui da lista geral o jurado que tiver integrado Conselho de Sentença nos 12 (doze) meses precedentes.

§ 5º — “Anualmente, a lista geral de jurados será, obrigatoriamente, completada”.

Do desaforamento

Art. 427 – Os fundamentos para o desaforamento do julgamento são os mesmos previstos no antigo art. 424, quais sejam: interesse da ordem pública, dúvida sobre a imparcialidade do júri e segurança pessoal do réu. São partes legítimas para suscitar o desaforamento: Ministério Público, assistente, querelante e acusado, como também o juiz. Se procedente, o julgamento será transferido para comarca da mesma região, preferindo-se as mais próximas.

§§ 1º e 2º — O pedido de desaforamento terá preferência de julgamento, e o relator poderá determinar, fundamentadamente, a suspensão do julgamento pelo júri.

§ 3º — Quando o desaforamento não for suscitado pelo juiz presidente, este será ouvido.

§ 4º — Não será admitido desaforamento “na pendência de recurso contra a decisão de pronúncia ou quando efetivado o julgamento”, salvo, no último caso, se as razões motivadoras do pedido tiverem ocorrido no curso “ou após a realização do julgamento anulado”.

Art. 428 — Ainda será possível o desaforamento em virtude do excesso de serviço, ou se o julgamento não tiver sido realizado em 6 (seis) meses contados do trânsito em julgado da decisão de pronúncia. A expressão correta seria “preclusa a sentença de pronúncia”, conforme análise do artigo 421. Antes, o prazo era de 1 ano, a contar da apresentação do libelo, que deixou de existir (art. 424, parágrafo único, redação original).

§ 1º — “Para a contagem do prazo referido neste artigo, não se computará o tempo de adiamentos, diligências ou incidentes de interesse da defesa”.

§ 2º — Não havendo excesso de serviço, tampouco de processos prontos para julgamento, “o acusado poderá requerer ao Tribunal que determine a imediata realização do julgamento”.

Da organização da pauta

Art. 429 — A pauta de julgamento será elaborada obedecendo-se à seguinte ordem de preferência: “os acusados presos; dentre os acusados presos, aqueles que estiverem há mais tempo na prisão; em igualdade de condições, os precedentemente pronunciados”. Idêntica previsão encontrava-se no antigo art. 431.

§ 1º — Com o mesmo teor do antigo art. 432, preceitua: “Antes do dia designado para o primeiro julgamento da reunião periódica, será afixada na porta do edifício do Tribunal do Júri a lista dos processos a serem julgados, obedecida a ordem prevista no *caput* deste artigo”.

§ 2º — Prevendo a possibilidade de adiamento do julgamento de algum processo, determina que se reserve data na mesma reunião periódica para incluí-lo.

Art. 430 – “O assistente somente será admitido se tiver requerido sua habilitação até 5 (cinco) dias antes da data da sessão na qual pretenda atuar”. Segundo estabelecido no artigo 268, podem ser assistentes o ofendido ou seu representante legal (aqui na hipótese de tentativa de homicídio) e as pessoas enumeradas no artigo 31: “cônjuge, ascendente, descendente ou irmão”. Evidentemente, o assistente virá ao processo representado por quem tenha capacidade postulatória.

Art. 431 – Marcada a data do julgamento, o juiz mandará intimar as partes e o ofendido, se possível, bem como as testemunhas e os peritos “para a sessão de instrução e julgamento, observando, no que couber, o disposto no art. 420 deste Código”. O artigo 420 disciplina a intimação da sentença de pronúncia, permitida a intimação por edital do acusado solto que não for encontrado.

Para intimação de testemunha, é necessário requerimento, haja vista o disposto no artigo 461: “O julgamento não será adiado se a testemunha deixar de comparecer, salvo se uma das partes tiver requerido a sua intimação por mandado, na oportunidade de que trata o art. 422 deste Código, declarando não prescindir do depoimento e indicando a sua localização”.

Do sorteio e da convocação dos jurados

Art. 432 – Organizada a pauta de julgamento, será determinada data para sorteio dos jurados que funcionarão na reunião periódica, sorteio no qual deverão estar presentes representantes do Ministério Público, Ordem dos Advogados e Defensoria Pública (inexistente em Santa Catarina).

Art. 433 – Caberá ao juiz retirar as cédulas até completar o número de 25 jurados. Antes era de um menor de 18 anos essa incumbência (art. 428), e 21 era o número de sorteados.

§ 1º — Fixa a época do sorteio: “entre o 15º (décimo quinto) e o 10 (décimo) dia útil antecedente à instalação da reunião”.

§ 2º — “A audiência de sorteio não será adiada pelo não comparecimento das partes”.

§ 3º — “O jurado não sorteado poderá ter o seu nome novamente incluído para as reuniões futuras”.

Art. 434 – Disciplina que a convocação dos jurados sorteados será feita pelo correio “ou por qualquer outro meio hábil”. O não-comparecimento importa na aplicação de multa de 1 a 10 salários mínimos, a critério do juiz, de acordo com a condição econômica do jurado, consoante previsto no artigo 442.

Parágrafo único – Deverão ser transcritos no expediente de convocação os artigos 436 a 446, que dizem respeito à função do jurado.

Art. 435 – Determina seja afixada na porta do Tribunal do Júri a relação dos jurados convocados, “os nomes do acusado e dos procuradores das partes, além do dia, hora e local das sessões de instrução e julgamento”.

Da função do jurado

Art. 436 – O serviço do júri, que é obrigatório, será exercido por pessoas “maiores de 18 anos”, de notória idoneidade. Antes a idade era 21 anos.

§ 1º — Proíbe que alguém seja excluído do trabalho do júri em razão de “cor ou etnia, raça, credo, sexo, profissão, classe social ou econômica, origem ou grau de instrução”.

No que diz respeito ao grau de instrução, por motivos óbvios, é necessário que o jurado seja ao menos alfabetizado, para que possa ler os documentos que lhe serão entregues, caso seja sorteado, previstos no parágrafo único do artigo 472: “cópias da pronúncia ou, se for o caso, das decisões posteriores que julgaram admissível a acusação e do relatório do processo”.

§ 2º — É prevista multa de 1 a 10 salários mínimos a quem se recusar ao serviço do júri injustificadamente.

Art. 437 – Neste artigo estão relacionadas as pessoas que, em virtude do cargo que exercem, estão isentas do serviço do júri, quais sejam: o Presidente da República e os Ministros de Estado; os Governadores e seus respectivos Secretários; os membros do Congresso Nacional, das Assembléias Legislativas e das Câmaras Distrital e Municipais; os Prefeitos Municipais; os Magistrados e membros do Ministério Público e da Defensoria Pública; os servidores do Poder Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública; as autoridades e os servidores da polícia e da segurança pública; os militares em serviço ativo. Em razão da idade, os maiores de 70 (setenta) anos que requeiram sua dispensa. Por fim, em sentido amplo, aqueles que o requeiram, “demonstrando justo impedimento”.

Art. 438 – Não é admitida recusa ao serviço do júri sustentada em convicção religiosa, filosófica ou política, pelo que será imposta a pena de prestar serviço alternativo, a qual, não cumprida, importará na suspensão dos direitos políticos. Tal dispositivo afina-se com o artigo 5º, inciso VIII, da Constituição Federal: “ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei”.

§ 1º — Explicita o que seja o serviço alternativo: “exercício de atividades de caráter administrativo, assistencial, filantrópico ou mesmo

produtivo, no Poder Judiciário, na Defensoria Pública, no Ministério Público ou em entidade conveniada para esses fins”.

§ 2º — Limita a extensão do serviço alternativo, impondo-lhe os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Art. 439 – Considera o efetivo exercício da função de jurado como “serviço público relevante”, estabelece a “presunção de idoneidade moral” e assegura prisão especial, em caso de crime comum, até o julgamento definitivo.

Art. 440 – É assegurado ao jurado que efetivamente exerceu a função “preferência, em igualdade de condições, nas licitações públicas e no provimento, mediante concurso, de cargo ou função pública, bem como nos casos de promoção funcional ou remoção voluntária”.

Art. 441 – É assegurado ao jurado o recebimento integral dos vencimentos ou salário pertinente ao dia em que se ausentou para prestar serviço ao júri, qualquer que seja a fonte pagadora.

Art. 442 – Prevê aplicação de multa (1 a 10 salários mínimos) ao jurado que, sorteado, deixar de comparecer ou retirar-se sem autorização judicial.

Art. 443 – As escusas deverão ser fundadas em motivo relevante, devidamente comprovado, e oferecidas até a chamada dos jurados, salvo hipótese de força maior.

Art. 444 — "O jurado somente será dispensado por decisão motivada do juiz presidente, consignada na ata dos trabalhos".

Art. 445 – O jurado, no exercício de sua função, é responsável criminalmente “nos mesmos termos em que o são os juízes togados”.

Art. 446 – Estende aos suplentes, quando convocados, as prescrições relativas aos jurados quanto às dispensas, faltas e escusas, bem como à responsabilidade penal delineada no artigo 445.

Da composição do Tribunal do Júri e da formação do Conselho de Sentença

Art. 447 – Preceitua a composição do Tribunal do Júri: 25 (vinte e cinco) jurados, dentre os quais serão sorteados 7 (sete) que constituirão o Conselho de Sentença, e um juiz togado (presidente).

Antes da reforma, eram 21 jurados, além do presidente.

Art. 448 – Enumera as pessoas impedidas de servir no mesmo Conselho: marido e mulher; ascendente e descendente; sogro e genro ou nora; irmãos e cunhados, durante o cunhadio; tio e sobrinho; padrasto, madrasta ou enteado.

A enumeração é idêntica à anterior, então prevista no artigo 462.

Acrescentados ao artigo dois parágrafos: o primeiro ampliando o impedimento às pessoas que mantenham união estável reconhecida como entidade familiar; o segundo aplicando aos jurados os impedimentos, suspeição e incompatibilidades previstas para os juízes togados. A respeito, vejam-se os arts. 112, 252 e 254.

Art. 449 – Em três incisos, este artigo proíbe a participação de jurado no mesmo processo mais de uma vez, no caso de concurso de pessoas; que houver funcionado no julgamento de um dos implicados; ou tenha-se manifestado acerca da absolvição ou condenação do acusado.

Art. 450 – No caso de impedimento por parentesco ou relação de convivência, servirá o jurado que houver sido sorteado em primeiro lugar.

Art. 451 – Os jurados excluídos por impedimento, suspeição ou incompatibilidade serão computados para a constituição do número legal exigível para a realização da sessão, que é 15 (quinze), conforme estabelecido no artigo 463.

Art. 452 – Prestado novo compromisso, o mesmo Conselho de Sentença poderá julgar mais de um processo, dêz que as partes aceitem.

É medida de difícil realização, haja vista o tempo despendido para cada julgamento.

Da reunião e das sessões do Tribunal do Júri

Art. 453 – Atribui aos Estados a competência para estabelecer os períodos de reunião do Tribunal do Júri.

Art. 454 – Por evidente, até a abertura dos trabalhos da sessão serão resolvidas as hipóteses de isenção e dispensa de jurado, bem como o pedido de adiamento.

Art. 455 – Será adiada a sessão de julgamento se não comparecer o representante do Ministério Público; a outra ocorrerá no primeiro dia desimpedido (art. 429, § 2º).

Parágrafo único – A ausência será comunicada ao Procurador-Geral de Justiça se não for justificada, com menção à data da nova sessão.

Art. 456 – Na falta do defensor do acusado, sem justificação, e se outro não for constituído, a sessão será adiada, com comunicação da ocorrência à seccional da Ordem dos Advogados do Brasil, “com a data designada para a nova sessão”.

§ 1º — Se a falta não for justificada, a sessão será adiada apenas uma vez.

§ 2º — Sendo a falta injustificada, a Defensoria Pública será intimada da data do novo julgamento, que ocorrerá no “primeiro dia desimpedido”, para designar defensor.

Art. 457 – Antes da nova regulamentação, não era possível julgamento pelo Tribunal do Júri sem a presença do réu, salvo se o crime fosse afiançável e não houvesse motivo justo para a ausência, nos termos da antiga redação do artigo 451, § 1º. Agora, não comparecendo, solto e regularmente intimado (art. 431), o julgamento realizar-se-á, conforme é expressamente previsto: “O julgamento não será adiado pelo não comparecimento do acusado solto, do assistente ou do advogado do querelante, que tiver sido regularmente intimado”.

Com relação à ausência do advogado do querelante, a questão diz respeito à ação penal privada subsidiária da pública, quando a acusação será devolvida ao Ministério Público. Situação que dificilmente ocorrerá. O que pode acontecer, sem dúvida, é que em virtude da conexão sejam julgados pelo Tribunal do Júri homicídio e estupro, quando a morte da vítima não adveio da violência perpetrada à consecução do relacionamento sexual, mas após. Sendo o estupro, em princípio, de ação penal privada, em que pese ser considerado hediondo, não concorrendo as nuances que o tornariam de ação pública, ou de ação pública condicionada (a morte foi decorrente da violência empregada à consumação do estupro; pais, responsáveis, ofendida não são miseráveis no sentido jurídico se o crime é cometido com abuso do pátrio poder, ou na qualidade de padrasto, tutor ou curador), teríamos, num só processo, duas acusações: a pública, por conta do Ministério Público, quanto ao crime de homicídio, e a particular, por conta do querelante, no crime de estupro. Nessa situação, a falta do advogado do querelante determinaria a extinção da punibilidade, quanto ao crime de estupro, pela preempção.

A matéria mencionada era tratada nos artigos 451 e 452, sem referência ao querelante, mas ao acusador particular. O segundo determinava que, “Se o acusador particular deixar de comparecer, sem escusa legítima, a acusação será devolvida ao Ministério Público, não se adiando por aquele motivo o julgamento”.

§ 1º — Caberá ao juiz presidente decidir acerca dos pedidos de adiamento e justificação de não comparecimento que lhe forem previamente submetidos.

§ 2º — Estando preso, o réu deverá ser conduzido. Na omissão, o julgamento será adiado para o primeiro dia desimpedido. Neste dispositivo há possibilidade da ausência do réu preso, dès que haja “pedido de dispensa de comparecimento subscrito por ele e seu defensor”.

Art. 458 – A testemunha que sem justa causa deixar de comparecer estará sujeita à multa de 1 a 10 salários mínimos, de acordo com sua situação econômica. O processo por crime de desobediência somente será possível se ela tiver sido intimada (art. 431), pois o crime em questão pressupõe desobediência à ordem legal, nos termos do artigo 330 do Código Penal – “desobedecer a ordem legal de funcionário público”.

Art. 459 – Manda aplicar às testemunhas a serviço do júri o disposto no artigo 441, qual seja, proibição de desconto no salário.

Art. 460 – As testemunhas não devem ouvir o depoimento umas das outras. Para impedir que tal aconteça, é determinado que, antes de constituído o Conselho de Sentença, sejam recolhidas em lugar fora do plenário.

Art. 461 – Aqui é complementada a matéria contida no artigo 458. Estabelece que o julgamento não será adiado com a falta de testemunha, salvo se tiver sido requerida sua intimação, com o esclarecimento de ser imprescindível seu depoimento.

§ 1º — Não comparecendo a testemunha que foi intimada, o juiz paralisará os trabalhos e determinará a condução coercitiva ou adiará o julgamento para o primeiro dia desimpedido.

§ 2º — Na primeira hipótese prevista no parágrafo anterior, não encontrada a testemunha no local indicado, o julgamento terá continuidade.

Art. 462 – Vencidas as fases anteriores (no artigo consta como “realizadas as diligências referidas nos arts. 454 a 461”), será verificado, pelo presidente, se a urna contém as cédulas dos 25 jurados sorteados, “mandando que o escrivão proceda à chamada deles”.

Art. 463 – Com a presença de no mínimo 15 jurados, serão declarados instalados os trabalhos, com anúncio do processo que será submetido a julgamento.

§ 1º — O pregão ou anúncio do processo a ser julgado será feito pelo oficial de justiça.

§ 2º — Serão computados para compor o número legal (15) os jurados excluídos por impedimento ou suspeição.

Art. 464 – Não alcançado o número de 15 jurados presentes, serão sorteados suplentes, designando-se nova data para a sessão de julgamento.

Art. 465 – “Os nomes dos suplentes serão consignados em ata, remetendo-se o expediente de convocação, com observância do disposto nos arts. 434 e 435 deste Código”. Os artigos referidos dizem respeito à forma de convocação (pelo correio ou outro meio hábil) e afixação, na porta do edifício do Tribunal do Júri, da relação dos jurados convocados, nome do acusado e do advogado, bem como dia, hora e local da realização da sessão de julgamento.

Art. 466 – Antes do sorteio serão apontadas as causas de impedimento, suspeição e incompatibilidade alinhadas nos arts. 448 e 449 deste Código.

§ 1º — Nesta oportunidade os jurados deverão ser advertidos de que, uma vez sorteados, não poderão comunicar-se entre si e com outrem, nem se manifestar sobre o processo, sob pena de exclusão do Conselho e multa de 1 a 10 salários mínimos.

§ 2º — “A incomunicabilidade será certificada nos autos pelo oficial de justiça”, evidentemente, após encerrados os trabalhos do júri.

Art. 467 – Encontrando-se na urna as cédulas referentes aos jurados presentes, o juiz sorteará 7 (sete), os quais formarão o Conselho de Sentença.

Art. 468 – À medida que for sorteando os jurados, o juiz lerá o nome, que poderá ser recusado, primeiro pela defesa, e depois pelo Ministério Público, até três, sem motivação da recusa.

Parágrafo único – Por razões óbvias, o jurado recusado será excluído daquela sessão de julgamento.

Art. 469 – “Se forem 2 (dois) ou mais os acusados, as recusas poderão ser feitas por um só defensor”.

Evidentemente, se houver acordo entre os defensores.

§ 1º – Se, em razão das sucessivas recusas, não for possível o sorteio de 7 (sete) jurados, impõe-se a separação dos julgamentos.

§ 2º — Separados os julgamentos, será submetido ao Júri, em primeiro lugar, o acusado a quem foi atribuída a autoria do fato “ou, em caso de co-autoria, aplicar-se-á o critério de preferência disposto no artigo 429 deste Código”, qual seja: acusado preso; dentre os presos, aquele que

estiver mais tempo na prisão; em igualdade de condições, o precedentemente pronunciado.

Difícilmente a última será aplicada, pois, tratando-se de co-autoria ou participação, o processo, em geral, é único, e única a pronúncia. Na hipótese prevista no artigo 417 – indícios de autoria ou participação de pessoas não incluídas na denúncia –, com a remessa dos autos ao Ministério Público, depois de pronunciado um dos responsáveis, a demora que, sem dúvida, ocorrerá até ser resolvida a situação implicará na separação dos processos, conforme preceituado no artigo 80, última parte, deste Código: “Será facultativa a separação dos processos quando as infrações tiverem sido praticadas em circunstâncias de tempo ou de lugar diferentes, ou, quando pelo excessivo número de acusados e para não lhes prolongar a prisão provisória, ou por outro motivo relevante, o juiz reputar conveniente a separação”.

Art. 470 – Caberá ao juiz presidente resolver as arguições de suspeição, impedimento ou incompatibilidade, as quais, se desacolhidas, não suspenderão o julgamento, devendo, no entanto, tudo constar da ata.

Art. 471 – Se, em decorrência de suspeição, impedimento ou incompatibilidade, não houver número (15) para a formação do Conselho de Sentença, o julgamento será adiado para o primeiro dia desimpedido, “após sorteados os suplentes”. Portanto, o momento propício à arguição de incompatibilidade, suspeição ou impedimento é no decorrer do sorteio à formação do Conselho de Sentença, conforme defluiu do contido no artigo 463, § 2º: “Os jurados excluídos por impedimento ou suspeição serão computados para a constituição do número legal”.

Art. 472 – Momento da exortação aos jurados para que examinem a causa com imparcialidade e profiram a decisão de acordo com a sua consciência e os ditames da justiça. Os jurados, nominalmente chamados, deverão responder: “Assim o prometo”.

Parágrafo único – Nesta oportunidade, receberão os jurados sorteados cópia da sentença de pronúncia, das decisões posteriores que a confirmaram, se for a hipótese, bem como o relatório a que se refere o artigo 423, II.

Da instrução em Plenário

Art. 473 – A instrução em Plenário terá início com a ouvida do ofendido (se for possível) e das testemunhas arroladas pela acusação, quando direta e sucessivamente farão as indagações: o juiz presidente, o Ministério Público, o assistente, o querelante, os dois últimos se for o caso, e, finalmente, a defesa.

§ 1º — Tratando-se de testemunhas arroladas pela defesa, “o defensor do acusado formulará as perguntas antes do Ministério Público e do assistente, mantidos no mais a ordem e os critérios estabelecidos neste artigo”.

Nota-se que, de forma expressa, foi autorizado que as partes inquiram diretamente as testemunhas, situação implicitamente existente anteriormente, conforme deflui da antiga redação do artigo 467, faculdade que também era dos jurados.

§ 2º — Hoje, diversamente, é permitido que os jurados, por intermédio do juiz presidente, inquiram as testemunhas, e o ofendido (se for o caso).

§ 3º — Permitidas acareações, reconhecimento de pessoas e coisas, além de esclarecimentos pelos peritos, “bem como a leitura de peças que se refiram, exclusivamente, às provas colhidas por carta precatória e às provas cautelares, antecipadas ou não repetíveis”.

Art. 474 – Presente o acusado, será interrogado, obedecidas as disposições contidas nos artigos 185 a 196, redações inseridas pela Lei n. 10.792, de 1º de dezembro de 2003.

§ 1º — Autoriza que o Ministério Público, o assistente, o querelante e o defensor, nesta ordem, façam perguntas diretamente ao acusado.

§ 2º — Os jurados poderão formular perguntas por intermédio do juiz presidente.

§ 3º — Proíbe o uso de algemas no acusado enquanto ele estiver no plenário do júri, salvo se absolutamente necessário à ordem dos trabalhos, à segurança das testemunhas ou à garantia da integridade física dos presentes.

O uso de algemas, prática amplamente difundida, não foi objeto, até agora, de disciplinamento, conforme determinado no artigo 199 da Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984, Lei de Execução Penal: “O emprego de algemas será disciplinado por decreto federal”. Porém, não custa anotar, o Código de Processo Penal Militar, art. 234, § 1º, admite o uso para evitar fuga ou agressão por parte do preso.

O Supremo Tribunal Federal, em sessão realizada no dia 7 de agosto de 2008, decidiu que as algemas só devem ser utilizadas excepcionalmente, para evitar fuga ou proteger a integridade física de terceiros. Está em tramitação no Congresso Nacional projeto de lei que regulamenta o uso de algemas, reservado aos casos de resistência ou tentativa de fuga, ou “quando o preso for transportado ou transferido”².

Art. 475 – Gravação magnética, eletrônica, estenotipia ou técnica similar poderão ser utilizadas para registro dos depoimentos e interrogatório.

Parágrafo único – A degravação deverá constar dos autos.

2 Folha de São Paulo, São Paulo, 7 ago. 2008, p. A8.

Dos debates

Art. 476 – Nos limites da pronúncia ou das decisões posteriores, o Ministério Público fará a sustentação da imputação, suscitando a ocorrência de agravantes, porventura existentes.

As agravantes apontadas não serão objeto de votação pelos jurados, mas poderão ser levadas em consideração na prolação de sentença condenatória (art. 492, letra *b*).

§ 1º — Se houver assistente, dar-se-lhe-á a palavra.

§ 2º — No caso de tratar-se de ação penal privada subsidiária da pública, falará, em primeiro lugar, o querelante e, em seguida, o Ministério Público, salvo se este houver retornado à titularidade da ação, na forma do art. 29 deste Código, que dispõe: “Será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal, cabendo ao Ministério Público aditar a queixa, repudiá-la e oferecer denúncia substitutiva, intervir em todos os termos do processo, fornecer elementos de prova, interpor recurso e, a todo tempo, no caso de negligência do querelante, retomar a ação como parte principal”. Também a Constituição Federal, artigo 5º, inciso LIX, prevê a ação penal privada subsidiária da pública.

No entanto, o fundamento – se a ação penal pública não for intentada no prazo legal – é criticável. Acerca do tema, apresentamos a seguinte proposição, quando se cogitava da reforma da Parte Geral do Código Penal, em abril de 1981:

Quinta sugestão. Artigo 100, § 3º. Redação do projeto: A ação de iniciativa privada pode intentar-se nos crimes de ação pública, se o Ministério Público não oferece denúncia no prazo legal. Redação proposta: A ação de iniciativa privada pode intentar-se nos crimes de ação pública, se o Ministério Público não se manifesta no prazo legal. Justificativa: Ao receber o Ministério Público um inquérito policial, ou qualquer peça de informação, ele não está obrigado, necessariamente, a oferecer denúncia.

Cabe-lhe poder discricionário de exame do contido naqueles procedimentos e chegar a conclusão acerca da existência ou não de um fato delituoso. Ou mesmo, ante a necessidade de maiores esclarecimentos, entender indispensável alguma diligência. Ora, o sentido do dispositivo do Anteprojeto, idêntico ao que está em vigor, é dar ao ofendido ou seu representante legal um certo poder de fiscalização dos atos do Ministério Público no concernente a uma possível desídia. Somente em casos de inércia do Ministério Público é justificável a ação penal privada subsidiária da Pública.

Segundo Damásio E. de Jesus, “A ação penal privada subsidiária da pública só cabe quando o órgão do Ministério Público ultrapassa inerte o prazo para o oferecimento da denúncia. Não tem cabência nos casos de arquivamento do inquérito policial ou das peças de informação e quando o Promotor Público requer, tratando-se de indiciado solto, a devolução dos autos à autoridade policial no sentido de realização de diligência imprescindível para o oferecimento da denúncia” (*Direito Penal*, 1º vol. Ed. Saraiva, 1979, p. 576).

A redação proposta visa não só conciliar o que existe na doutrina e na jurisprudência, como evitar polêmicas interpretativas.³

§ 3º — A palavra será dada à defesa.

§ 4º — Permite réplica, tréplica e a reinquirição de testemunhas já ouvidas.

Portanto, as testemunhas somente poderão ausentar-se do plenário se autorizadas pelo juiz presidente, após a fase em que poderiam ser chamadas para reinquirição.

Art. 477 – Fixa o tempo de uma hora e meia para uso da palavra por cada uma das partes, e de uma hora para réplica, e o mesmo para a tréplica.

3 Ofício datado de 28 de abril de 1981, encaminhando sugestões ao Ministério da Justiça.

§ 1º — Se houver assistente, o tempo destinado a ele, porque não fixado expressamente, resultará de acordo entre os acusadores. Não havendo ajuste, caberá ao juiz presidente determiná-lo. O mesmo se diga com relação à defesa. Havendo mais de um defensor, na falta de acordo, o juiz fixará o tempo de cada um.

§ 2º — No caso de existir mais de um acusado, o tempo destinado tanto para a acusação como para a defesa terá acréscimo de uma hora, elevado ao dobro na réplica e na tréplica.

Art. 478 – Este artigo disciplina o debate, proibindo, sob pena de nulidade, fazer referências:

I – “à decisão de pronúncia, às decisões posteriores que julgaram admissível a acusação ou à determinação do uso de algemas como argumento de autoridade que beneficiem ou prejudiquem o acusado”.

A proibição com relação à primeira parte não tem razão de ser, pois os jurados terão conhecimento do contido na sentença de pronúncia, bem como nas decisões posteriores, uma vez que receberão cópias dessas peças, conforme determinado no artigo 472, parágrafo único: “O jurado, em seguida, receberá cópias da pronúncia ou, se for o caso, das decisões posteriores que julgaram admissível a acusação e do relatório do processo”. Não será possível declarar a nulidade de situação que, evidentemente, não trará prejuízo, pois do fato proibido de ser exposto, na íntegra, os jurados, antecipadamente, tomarão conhecimento.

É vedado o uso de algemas no acusado enquanto ele estiver no plenário do júri, salvo as exceções previstas no artigo 474, § 3º, com o seguinte teor: “Não se permitirá o uso de algemas no acusado durante o período em que permanecer no plenário do júri, salvo se absolutamente necessário à ordem dos trabalhos, à segurança das testemunhas ou à garantia da integridade física dos presentes”.

“II – ao silêncio do acusado ou à ausência de interrogatório por falta de requerimento, em seu prejuízo.”

O direito ao silêncio é assegurado pela Constituição Federal, artigo 5º, inciso LXIII, e é repetido no art. 186 e parágrafo único, deste Código. Exagerado nos parece cominar de nulidade levando em conta, tão-somente, a referência, pura e simples, ao silêncio, porquanto se tratará de situação de que os jurados, de alguma forma, tomarão conhecimento. A proibição deveria dirigir-se às presunções que do fato possam ser deduzidas.

Não há ser feito referência à ausência de interrogatório por falta de requerimento, pois inexistente exigência a respeito. O interrogatório, se presente o réu, é ato procedimental formal independente de qualquer requerimento à sua realização. A exigência de requerimento deveria ser expressa, como presente na Lei n. 5.250/67 (Lei de Imprensa), art. 45, III, *in verbis*: “III – poderá o réu requerer ao juiz que seja interrogado, devendo, nesse caso, ser ele ouvido antes de inquiridas as testemunhas”. Ou como previsto no Código de Processo Civil, artigo 342 e seguintes, que o depoimento pessoal das partes deve ser requerido ou determinado de ofício. Logo, trata-se de previsão de nulidade sem possibilidade de ocorrer.

Art. 479 – Proíbe a leitura de documento ou a exibição de objeto que não forem anexados aos autos 3 (três) dias antes do julgamento, com ciência à parte contrária.

Parágrafo único – Exemplifica e amplia a proibição mencionada no artigo: jornais e outros escritos, vídeos, gravações, fotografias, laudos, quadros, croqui, “ou qualquer outro meio assemelhado, cujo conteúdo versar sobre a matéria de fato submetida à apreciação e julgamento dos jurados”.

Art. 480 – Quando o orador ler ou mencionar uma peça, o acusador, a defesa e os jurados, por intermédio do juiz presidente, poderão solicitar-

lhe que indique a folha dos autos em que ela se encontra. Os jurados, da mesma forma, poderão solicitar “esclarecimento de fato por ele alegado”.

§ 1º — Possibilita que os jurados, encerrados os debates, peçam esclarecimentos.

§ 2º — Se as dúvidas forem acerca de questão de fato, o próprio juiz presidente as dirimirá.

Art. 481 – Se algum fato essencial tiver de ser verificado e isso não puder ser realizado imediatamente, o juiz presidente dissolverá o Conselho e ordenará a realização das diligências pertinentes.

Parágrafo único – “Se a diligência consistir na produção de prova pericial, o juiz presidente, desde logo, nomeará perito e formulará quesitos, facultando às partes também formulá-los e indicar assistentes técnicos, no prazo de cinco dias”.

Dissolvido o Conselho, outro julgamento deverá ser determinado após a realização das diligências, o que vale dizer, tudo será renovado, desde o início, com a participação de novos jurados.

A figura do assistente técnico foi criada pela Lei n. 11.690, de 9 de junho de 2008, artigo 159, § 3º: “Serão facultadas ao Ministério Público, ao assistente de acusação, ao ofendido, ao querelante e ao acusado a formulação de quesitos e indicação de assistente técnico”. O assistente técnico atuará “após a conclusão dos exames e elaboração do laudo pelos peritos oficiais”.

Do questionário e sua votação

Art. 482 — Os quesitos deverão ser redigidos de forma que abordem tão-somente matéria de fato, em proposições afirmativas, simples e distintas.

Art. 483 – Radical mudança foi introduzida nesta fase. Após resposta afirmativa aos dois primeiros quesitos, que dizem respeito à materialidade e autoria (ou participação), os jurados responderão ao terceiro, que tem a seguinte redação: “se o acusado deve ser absolvido”. Respondido afirmativamente, o réu estará absolvido; caso contrário, perguntar-se-á, na continuidade, “se existe causa de diminuição de pena alegada pela defesa”. Em seguida serão indagadas, se for o caso, “se existe circunstância qualificadora ou causa de aumento de pena reconhecida na pronúncia ou em decisões posteriores que julgaram admissível a acusação”.

§ 1º — Para resguardar o sigilo das respostas, dispõe este parágrafo: “A resposta negativa, de mais de 3 (três) jurados, a qualquer dos quesitos referidos nos incisos I e II do *caput* deste artigo encerra a votação e implica a absolvição do acusado”.

§ 2º — Caso contrário, respondidos afirmativamente por mais de 3 (três) jurados os quesitos anteriores, será formulado quesito único, sem ingerência das teses defensivas: “se o acusado deve ser absolvido”.

Absolvido o réu pela resposta afirmativa ao quesito número 3 – “se o acusado deve ser absolvido” –, no recurso interposto com fundamento na letra *d*, item III, do artigo 593 – “for a decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos” –, deverão ser examinadas as teses defensivas na tentativa de demonstrar que o resultado acolhido em nenhuma delas encontra guarida. Mas isso não quer dizer que a manutenção da decisão absolutória somente acontecerá se encontrar um mínimo de apoio nas teses defensivas. Deverá ser mantida a decisão que tiver respaldo em tese nem sequer mencionada. O exame global virá em benefício do réu, que ficará resguardado de possível omissão defensiva na escolha das teses pertinentes ao caso.

§ 3º — Respondido negativamente, o réu estará condenado, prosseguindo-se na formulação dos quesitos acerca das causas de diminuição de

pena alegadas pela defesa, e após, se for o caso, acerca das “circunstâncias qualificadora ou causa de aumento de pena, reconhecidas na pronúncia ou em decisões posteriores que julgaram admissível a acusação”.

§ 4º — Defendida a ocorrência de desclassificação do fato imputado ao acusado para a competência do juízo singular, quesito a tal concernente será formulado “após o segundo ou o terceiro quesito”, conforme o caso.

Será inviável formular quesito desclassificatório para o juízo singular após o quesito terceiro. Respondido afirmativamente, o réu estará absolvido. Caso contrário, estará condenado pela prática de crime da competência do júri.

§ 5º — Defendida a tese de crime tentado, o quesito pertinente deverá ser formulado após o segundo, que diz respeito à autoria ou participação. Ocorrendo “divergência sobre a tipificação do delito, sendo este da competência do Tribunal do Júri, o juiz formulará quesito acerca destas questões, para ser respondido após o segundo quesito”.

Tal situação poderá ocorrer quando a pretensão for desclassificar homicídio para infanticídio (art. 123, CP), provocar aborto sem o consentimento (art. 125, CP) para o “com consentimento”(art. 124, CP).

§ 6º — Cada crime e cada acusado será julgado de per si, é o que afirma este parágrafo: “Havendo mais de um crime ou mais de um acusado, os quesitos serão formulados em séries distintas”.

Art. 484 – Lendo os quesitos, o juiz presidente “indagará das partes se têm requerimento ou reclamação a fazer”, e tudo deverá constar da ata.

Parágrafo único – O juiz presidente dará explicações aos jurados acerca do significado de cada quesito.

Art. 485 – Exaurida a fase de explicações, o juiz presidente, os jurados, o representante do Ministério Público, a defesa, o querelante

(se houver), o escrivão e o oficial de justiça reunir-se-ão em sala especial destinada à votação.

§ 1º — Inexistindo sala especial, a votação dar-se-á no plenário, com a retirada do público.

§ 2º — Proibição de as partes perturbarem a livre manifestação dos jurados, sob pena de retirada da sala de quem “se portar inconvenientemente”.

Não podendo a votação acontecer sem a presença das partes, a retirada de uma delas importará na dissolução do Conselho.

Art. 486 – Cada um dos jurados receberá “pequenas cédulas, feitas de papel opaco e facilmente dobráveis, contendo 7 (sete) delas a palavra sim, 7 (sete) a palavra não”.

Art. 487 – Em urnas separadas, deverão ser recolhidas as cédulas utilizadas para a votação e as não utilizadas, tudo com vistas à preservação do sigilo do voto.

Art. 488 – Verificados os votos e as cédulas não utilizadas, o juiz presidente “determinará que o escrivão registre no termo a votação de cada quesito, bem como o resultado do julgamento”.

Parágrafo único – “Do termo também constará a conferência das cédulas não utilizadas”.

Art. 489 – As decisões serão tomadas por maioria de votos.

Art. 490 – A contradição porventura ocorrente entre a resposta a um quesito e a outro acarretará nova votação desses quesitos, após explicitação pelo juiz presidente.

Parágrafo único – A resposta a um quesito poderá determinar que outro resulte prejudicado, pela incompatibilidade das situações. Neste caso, caberá ao juiz presidente declarar prejudicado o quesito seguinte.

Art. 491 – O termo previsto no artigo 488 deverá ser assinado pelo juiz presidente, pelos jurados e pelas partes.

Da sentença

Art. 492 – “Em seguida, o presidente proferirá sentença”:

a) No caso de condenação, fixará inicialmente a pena-base, levando em conta as determinações do artigo 59 do Código Penal, que diz respeito às circunstâncias judiciais.

b) Considerará as circunstâncias agravantes ou atenuantes alegadas nos debates. Essas circunstâncias, que não serão objeto de questionamento, deverão ter sido mencionadas no decorrer dos debates.

c) Imporá os aumentos ou diminuições da pena, em face das causas admitidas pelo júri.

d) Observará as demais disposições do art. 387 deste Código.

e) “mandará o acusado recolher-se ou recomenda-lo-á à prisão em que se encontra, se presentes os requisitos da prisão preventiva”.

Pela redação desta letra conclui-se que a condenação não implica recolhimento de réu solto à prisão, salvo se “presentes os requisitos da prisão preventiva”. A prisão somente ocorrerá com trânsito em julgado.

f) “estabelecerá os efeitos genéricos e específicos da condenação”. Tais efeitos estão enumerados nos artigos 91 e 92 do Código Penal.

II – “no caso de absolvição”:

a) Mandará colocar em liberdade o acusado, se por outro motivo não estiver preso.

b) Revogará as medidas restritivas provisoriamente decretadas.

A aplicação provisória de interdições de direitos e medidas de segurança que eram previstas no artigo 373 e seguintes do Código Penal não mais subsiste em decorrência da reforma penal de 1984. Em vigor, por exemplo, as estabelecidas na Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006, denominada “Maria da Penha”, artigo 18 em diante.

c) Imporá, se for o caso, a “medida de segurança cabível”.

A hipótese diz respeito à absolvição de inimputável, nos termos do artigo 26 do Código Penal: “É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento”. Nesse caso, é pertinente medida de segurança, consoante previsto no artigo 97 do Código Penal.

§ 1º — Desclassificada a infração para outra da competência do juiz singular, competirá ao juiz presidente prolatar sentença. Se a desclassificação disser respeito a infração de menor potencial ofensivo, é aplicável o disposto na Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995, a partir do artigo 72, e não 69, conforme mencionado. A referida lei, que trata dos Juizados Especiais, tem por objetivo primordial “a reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação de pena não privativa de liberdade” (art. 62).

A presença do réu será indispensável. Não nos esqueçamos de que, agora, o julgamento pelo Tribunal do Júri pode realizar-se sem a presença do réu, nos casos especificados neste Código. Assim, ausente o réu, será indispensável que a matéria seja discutida em posterior audiência.

§ 2º — Ocorrendo a desclassificação, o crime conexo, que não da competência do Tribunal do Júri, será julgado pelo juiz presidente, aplicando-se, no que for viável, o disposto no parágrafo anterior.

Na letra *d* do artigo 492, é determinado que o juiz, ao elaborar a sentença, “observará as demais disposições do art. 387 deste Código”. Com o advento da Lei n. 11.719, de 20 de junho de 2008, foi acrescentado a este artigo, no inciso IV, que o juiz, na sentença, “fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido”. Assim, também na sentença prolatada no Tribunal do Júri constará “o valor mínimo para reparação de danos”, dê que aferível pela prova dos autos. Embora a disposição refira-se ao ofendido, nada impede que, no caso de homicídio, seja cumprida visando os interesses dos herdeiros, em consonância com o dimensionado no artigo 63 do Código de Processo Penal, e no 948 do Código Civil. Saliente-se, no entanto, que a fixação de pensão alimentícia, prevista no inciso II do artigo 948 do Código Civil, é matéria complexa, que deverá ser analisada em ação própria.

Art. 493 – Elaborada a sentença, será lida em plenário pelo juiz presidente.

Ausente o réu preso, por ter-lhe sido concedido o direito de não comparecer à sessão de julgamento (art. 457, § 2º), será intimado pessoalmente. O mesmo acontecerá com relação ao réu solto, pois sua presença não é mais indispensável. Não sendo encontrado, a intimação dar-se-á por edital.

Da ata dos trabalhos

Art. 494 – A ata, lavrada pelo escrivão, será assinada pelo juiz presidente e pelas partes.

Art. 495 – Deve constituir retrato escrito do que ocorreu em plenário, pois, segundo exigido, “A ata descreverá fielmente todas as ocorrências”. A seguir são enumeradas 17 (dezesete) situações que vão desde “a data e hora da instalação dos trabalhos” até “a publicidade dos atos da instrução plenária, das diligências e da sentença”. Não raras vezes detalhes constantes

da ata ajudam na solução de nulidades aventadas em apelação. As partes devem requerer que nela conste qualquer atividade que lhes pareça danosa, suscetível de gerar nulidade.

Art. 496 – Da importância da ata resulta o contido neste artigo, que sujeita o responsável pela falta dela a sanções administrativa e penal.

Das atribuições do presidente do Tribunal do Júri

Art. 497 – Neste artigo são definidas 12 (doze) atividades atribuídas ao juiz presidente, além das outras esparsamente delineadas neste Código. Foram repetidas 11 (onze) atribuições constantes na regulamentação anterior e acrescentada a 12^a (décima segunda), consistente no direito de requerer aparte, por três minutos, que serão acrescidos ao tempo do aparteado.

Art. 2º (da lei em análise)

Mantém no inciso IV do artigo 581 o cabimento do recurso em sentido estrito com relação à pronúncia. Contra a impronúncia caberá apelação, consoante prescrito na nova redação do art. 416.

Revoga o inciso VI, que prescrevia o recurso em sentido estrito contra a decisão que absolvesse o réu sumariamente (antiga redação do art. 411). Agora o recurso é a apelação (art. 416).

Art. 3º (da lei em análise) “Esta Lei entra em vigor 60 (sessenta) dias após a data de sua publicação”.

A vigência ocorreu no dia 10 de agosto de 2008. Cuidando-se de *vacatio legis*, destinada à divulgação das novas normas, é indispensável que o tempo estabelecido seja cumprido à risca, pois a lei processual penal tem incidência imediata, a partir de sua vigência, respeitando os atos praticados. Segundo Pedro Nunes, “Dia civil – período de vinte e quatro horas,

que se conta pelo calendário, isto é, de zero hora a zero hora seguinte”⁴. E mais: “dia – tempo que transcorre, em determinada região da Terra, entre o instante do nascer do Sol e o do seu ocaso; 2 clareza com que o Sol ilumina a Terra; 3 duração de uma rotação completa da Terra sobre si mesma; espaço de tempo, equivalente a 24 horas, compreendido entre duas meias-noites consecutivas”⁵. Considerando que a circulação do Diário Oficial da União que publicou a lei em referência deu-se no decorrer do dia 10 de junho de 2008, este não pode ser considerado dia integral por ausência do pressuposto básico: “zero hora a zero hora do dia seguinte”. Aliás, a lei determinou que o prazo deveria fluir “após a data de sua publicação”. *Após* significa “depois de”, “em seguida”⁶. Em decorrência, o prazo de 60 (sessenta) dias teve início após o dia da publicação (10-6-08). Logo, excluindo o dia da publicação (10 de junho) e contando o prazo a partir do dia seguinte (11 de junho), chegar-se-á ao dia 10 de agosto de 2008 (60 dias após a data da publicação), quando entrou em vigor a Lei n. 11.689, de 9 de junho de 2008.

Art. 4º (da lei em análise) – Revogou o inciso VI do artigo 581, que determinava caber recurso em sentido estrito da decisão que absolvesse sumariamente o réu, agora cabendo apelação, nos termos do art. 416.

Revogou o Capítulo IV do Título II do Livro III do Código de Processo Penal, que tratava do protesto por novo júri.

4 *Dicionário de tecnologia jurídica*. 11. ed. Biblioteca Jurídica Freitas Bastos. v. 1, p. 356.

5 HOUAISS, Antônio. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. 1. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001. p. 1027.

6 *Idem*, p. 258.

IMPASSE NO QUESTIONÁRIO DO JÚRI

Maurílio Moreira Leite*

Com o advento da Lei n. 11.689, de 9 de junho de 2008, o procedimento relativo ao Tribunal do Júri sofreu profundas alterações, mormente no que diz respeito ao questionário.

Agora, as teses defensivas não são mais desdobradas em quesitos, mas é formulado apenas um: “O jurado absolve o acusado?” (art. 483, § 2º). Antes serão questionadas a materialidade e a autoria ou participação (art. 483, I e II). Quesito referente à tese desclassificatória, se houver, deverá ser incluído após o segundo quesito (art. 483, § 4º). Depois da votação do terceiro quesito, se houver condenação (o que ocorrerá se a resposta, por maioria, for *não*) serão formulados os quesitos relativos às causas de diminuição de pena (se for o caso) e os relativos às qualificadoras ou causa especial de aumento, se reconhecidas na pronúncia.

Situação singular surge se, por comprovação pericial, o réu era, ao tempo da infração, inimputável, nos termos do artigo 26 do Código Penal:

É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Poderia ter sido absolvido na fase do artigo 415 do CPP, dès que aquela fosse a única tese defensiva, conforme expressamente é asseverado:

O juiz, fundamentadamente, absolverá desde logo o acusado, quando:

[...]

* Desembargador aposentado do Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

IV – demonstrada causa de isenção de pena ou de exclusão do crime.

Parágrafo único. Não se aplica o disposto no inciso IV do *caput* deste artigo ao caso de inimizabilidade prevista no *caput* do art. 26 do Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, salvo quando esta for a única tese defensiva.

Portanto, não sendo a única tese defensiva, é vedada a absolvição, salvo, evidentemente, se alguma que exclua o crime ficar devidamente comprovada.

Assim, na dúvida acerca da existência de excludente e mesmo ante a comprovação inequívoca da inimizabilidade, o réu deverá ser pronunciado para que o júri decida. A razão é simples: absolvido por ser inimputável, o réu estará sujeito a medida de segurança, consoante previsto no artigo 97 do Código Penal. E a inimizabilidade, por si só, não exclui possa o agente ter cometido o fato, tido por delituoso, sob a guarida de uma excludente. Existindo dúvida a respeito, a decisão caberá aos jurados, repita-se.

Logo, num julgamento com resposta afirmativa aos dois primeiros quesitos (materialidade e autoria ou participação), não tendo havido desclassificação, o júri reconhece que o acusado deve ser absolvido. Não se sabendo qual a tese acolhida e estando demonstrada a inimizabilidade, o juiz deverá impor medida de segurança, consoante mencionado no artigo 492, II, do CPP – “*no caso de absolvição: [...] c) imporá, se for o caso, a medida de segurança cabível*”.

O impasse é evidente: o júri absolveu o réu porque este era inimputável ou entendeu ocorrente alguma excludente alegada nos debates? Uma solução deve ser encontrada para que injustiça não seja concretizada, ou seja, imposição de medida de segurança a quem teria sido absolvido pelo mérito, ou absolvição integral a quem mereceria medida de segurança.

Ora, a própria legislação, no seu artigo 415, parágrafo único, determina a pronúncia se a inimputabilidade, devidamente comprovada, não for a única tese apresentada pela defesa.

Mutadis mutandis, se a inimputabilidade foi a única tese defendida em plenário, a absolvição, por presunção, será dela decorrente. Logo, é viável a aplicação de medida de segurança. Ao contrário, se, além da tese referida, outras tiverem sido defendidas que poderiam excluir a existência de crime, indispensável será formular quesito específico, após o terceiro (“O jurado absolve o acusado?”), para saber se a absolvição foi decorrente da inimputabilidade. Positiva a resposta, a medida de segurança deverá ser aplicada. Caso contrário, a absolvição será plena, sem imposição de nenhuma medida. Todavia, o quesito a ser respondido após o terceiro deve ser elaborado sobre questão de fato (art. 482), a partir da conclusão do laudo pericial, considerando-se a causa determinante da inimputabilidade. Por exemplo: a absolvição foi decorrente de o réu, por doença mental, ser, ao tempo da ação, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato?

A PADRONIZAÇÃO NO FORMATO DOS ACÓRDÃOS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA COMO INSTRUMENTO DE CELERIDADE PROCESSUAL

Osvaci Amaro Venâncio Júnior*

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 Processo: breves considerações históricas. 3 O acesso célere à Justiça. 4 Relevância da padronização no formato dos acórdãos do Tribunal de Justiça de Santa Catarina. 5 Conclusão. 6 Referências.

RESUMO

Este artigo objetiva discorrer sobre como a padronização no formato dos acórdãos do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, juntamente com recentes dispositivos legais e constitucionais, pode contribuir para a agilidade na prestação jurisdicional por parte dessa Instituição. Ao mostrar a relevância da uniformização no principal documento da atividade-fim do Tribunal, este trabalho traz à tona motivos que vêm reforçar a necessidade dessa padronização, a qual está respaldada pela Resolução n. 44/07-TJ.

Palavras-chave: Acórdão. Padronização. Celeridade processual.

1 INTRODUÇÃO

Dos três Poderes, o Judiciário é o que acaba interferindo mais na vida social, tutelando direitos individuais e coletivos e decidindo conflitos por meio de julgamentos proferidos por seus juízes e tribunais. Essa tu-

* Aluno de Direito da Universidade do Vale do Itajaí — Univali; graduado em Letras pela Universidade Federal de Santa Catarina — UFSC; servidor do Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

tela jurídica proporcionada pelo Estado confere segurança ao cidadão, na medida em que este sabe que pode contar com o Judiciário para pugnar pelo que lhe parece mais justo.

Em contrapartida, esse Poder, na sua função de resolver conflitos, depara-se freqüentemente com o *desafio* de prestar ao jurisdicionado rápida resposta para os seus anseios, uma vez que é altamente demandado e muitas vezes não possui recursos humanos e tecnológicos que possam remediar o desgosto social causado pelo tempo que o cidadão tem de esperar para retomar o *status quo ante*.

Desse modo, este artigo tem como escopo salientar a importância, para o Tribunal de Justiça de Santa Catarina e para a sociedade, de se padronizar o formato dos acórdãos confeccionados por esse Órgão. Quer-se mostrar que a uniformização desses documentos contribui para uma justiça mais ágil, porque pode fazer com que o tempo compreendido entre a data da assinatura do acórdão e a da publicação passe dos atuais 70 dias (em média) para apenas 15 ou, quem sabe, dois dias.

Na primeira parte deste trabalho, será discutido como o direito processual brasileiro foi diretamente influenciado pelo direito romano e se transformou em um direito extremamente burocrático, que se sobrepõe, muitas vezes, ao próprio direito material.

Na segunda parte, abordar-se-á uma das fases da garantia constitucional do acesso à justiça — a celeridade processual. Serão apresentados alguns avanços da legislação processual brasileira acerca da matéria, como também alguns fatores que entravam o andamento processual.

A importância da padronização no formato dos acórdãos confeccionados pelo Tribunal de Justiça catarinense será tema da terceira parte deste artigo. Serão mostrados os fundamentos utilizados para essa padronização, no que tange à mudança havida na forma como eram feitas as citações, os títulos e as ementas dos acórdãos dessa Instituição. Também será realizada,

nesta última parte, uma entrevista com três servidores do Tribunal sobre a relevância da uniformização dos acórdãos.

2 PROCESSO: BREVES CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS

A paz social, fundamento angular dos preceitos hobbesianos para firmar o contrato social, isto é, para transferir ao Estado o poder de regular e proteger os interesses dos indivíduos, impondo-lhes o cumprimento de deveres e obrigações sob pena de sanção, foi o objetivo almejado ao se impor leis civis emanadas de um poder soberano.

Esse padrão jusnaturalista de verdadeiro controle social, que foi fator inspirador de filósofos e intelectuais do século XVII e XVIII, persiste, de certo modo, até hoje. No lugar do poder soberano jusnatural, contudo, tem-se nos dias atuais a figura do Estado positivista regulador, que “fabrica” leis e controla a sua observância; diferentemente, lógico, dos tempos passados, quando o *Leviatã* não se submetia a elas. É que hoje todos (cidadãos e Estado) estão sob o pálio do Estado Democrático de Direito, o qual, em apurada síntese, pode ser definido como aquele Estado que se rege pelo princípio da legalidade e cujas leis são elaboradas por um Poder representativo popular (Legislativo) e aplicadas pelo Poder Judiciário.

Este Poder, no seu mister jurisdicional, vale-se de procedimentos formais para cumprir seu dever de tutelar os direitos dos indivíduos da sociedade, procedimentos que se coadunam com a ideologia de Thomas Hobbes, que, influenciado pelo direito romano, contrapôs-se ao sistema da *common law* que vigia (e ainda vige) no seu país de origem, a Inglaterra. O Estado Civil fomentado por Hobbes (baseado na *civil law*) tinha na lei escrita o principal instrumento de segurança jurídica, de modo que os cidadãos viam nas normas a fonte emanada do soberano às quais se deveria obedecer para poder sair do Estado de Natureza (HOBBS, 2006, p. 111). Já o sistema inglês (*common law*), ao qual Hobbes opunha-se, é baseado

na jurisprudência, isto é, na comparação de precedentes judiciais feita pelo magistrado para decidir um caso concreto¹.

O direito brasileiro tem sua estrutura calcada na *civil law*, ou seja, num sistema jurisdicional em que, na sua origem, ao juiz cabia apenas aplicar a lei ao fato, sem dar nenhuma contribuição para a construção do direito. O juiz apenas fazia uma espécie de subsunção do caso concreto às normas, numa lógica formal comparada à das ciências exatas. Com a teoria propagada por Hobbes,

a submissão do Direito à metodologia das ciências que buscam a verdade representou sem dúvida a definitiva condenação da “lógica da argumentação”. [...] a ciência do Direito Processual Civil nasceu comprometida com o ideal racionalista, que acabou transformando o Direito numa ciência em busca da verdade, análoga à matemática, sem qualquer compromisso com a justiça concreta, como desejavam, justamente, os filósofos racionalistas que forjaram o mundo moderno (SILVA, 1997, p. 115 e 132).

Mas o que interessa dizer é que, com o sistema jurídico da *civil law* (resgatado por Hobbes do direito romano), em que ao juiz cabia tão-somente aplicar a lei na sua frieza (*summus ius, summa iniuria*), como imposto pelo Estado soberano, deu-se azo à organização das instituições pacificadoras, uma vez que os conflitos sociais (penais e civis) já não podiam ser resolvidos no “olho por olho, dente por dente”, pois a sociedade começou a perceber que a autotutela, por proporcionar destruição em massa, era um meio inseguro e violento de resolução de litígios². Então, como

- 1 A crítica que Hobbes faz acerca do sistema inglês da *common law* pode ser facilmente captada pelas suas seguintes declarações: “O que faz a lei não é [...] aquela *juris prudentia*, ou sabedoria dos juízes subordinados, mas a razão deste nosso homem artificial, o Estado, e suas ordens” (HOBBS, 2006, p. 200); “Como todo juiz subordinado ou soberano pode errar em seu julgamento da equidade, se posteriormente, em outro caso semelhante, considerar mais compatível com a equidade proferir uma sentença contrária, tem obrigação de fazê-lo. Jamais o erro de um homem se torna sua própria lei, nem o obriga a nele persistir” (p. 205); “Nenhuma injustiça pode servir de padrão para o julgamento dos juízes posteriores [...] embora a sentença do juiz seja lei para as partes litigantes, não é lei para qualquer dos juízes que lhe venham a suceder no cargo” (p. 206); as sentenças dos juízes “não obrigam outros juízes a dar sentenças idênticas em casos idênticos” (p. 207).
- 2 Nos dias de hoje, a legítima defesa é um dos únicos casos em que é permitida a autotutela. Conforme preceitua Rodri-

as partes conflitantes tinham de agora se socorrer ao Estado se quisessem pretender reaver seus direitos, faziam-no por intermédio de uma ação³, que era o meio pelo qual elas provocavam o exercício da função jurisdicional, fazendo surgir a figura do *processo*.

Retomando-se o que foi dito inicialmente, sendo as leis imperativos impostos pelo Estado para pacificar a vida em sociedade, o processo foi o *instrumento* para se alcançar essa paz social. E continua sendo hodiernamente, tanto que um dos direitos fundamentais da Constituição Federal de 1988 é o do devido processo legal (*due process of law*), insculpido no artigo 5º, inciso LIV: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Nas palavras de Alarcón (2005, p. 32), “o pressuposto de efetividade da cláusula do devido processo legal é, naturalmente, a possibilidade que as pessoas têm dentro do Estado Democrático de Direito de aceder à jurisdição”.

Em que pese isso, por ter de seguir uma formalidade, fruto daquela percepção racionalista hobbesiana, que fez com que um direito meramente formal denotasse segurança para as partes, uma vez que nelas incutia valores de verdade (o que era decidido não podia ser questionado), o processo inevitavelmente teve de seguir um rito burocrático, de modo que principalmente por essa razão a prestação jurisdicional leva, até hoje, muito tempo para ser entregue ao indivíduo. “O ideal seria a pronta solução dos conflitos, tão logo apresentados ao juiz. Mas como isso não é possível, eis aí a demora na solução dos conflitos como causa de enfraquecimento do sistema” (CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 2008, p. 32).

gues (2002, p. 318), “o próprio legislador, imaginando as dificuldades que se tem de vencer para alcançar a proteção do Poder Público, cujas providências poderiam chegar tarde demais, defere à vítima da agressão, *excepcionalmente*, o direito de reagir e defender-se com suas próprias forças. Por consistir em um meio direto de defesa, autorizado pela própria lei, dá-se-lhe o nome de legítima defesa” (grifo nosso).

3 A *civil law* e a *common law* (direito inglês) “são de certa forma descendentes do direito romano e, não obstante, apenas o primeiro conservou a estrutura elementar do procedimento da *actio* [...]” (SILVA, 1997, p. 102).

3 O ACESSO CÉLERE À JUSTIÇA

Conforme foi exposto acima, o processo é um instrumento de que o indivíduo deve-se valer para reaver seus direitos. Sendo instrumento para alcançar um fim, que é a prestação jurisdicional pelo Poder Judiciário, o processo não pode ficar distante dos conflitos sociais, de sorte que tem de atender prontamente aos anseios das partes e ser financeiramente acessível, uma vez que, conforme estabelece o inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal⁴, nenhum direito deve ser juridicamente cerceado. Segundo Rocha (1993 apud ALARCÓN, 2005, p. 33), “o direito à jurisdição apresenta-se em três fases, a saber, a) o acesso ao poder estatal prestador da jurisdição; b) a eficiência e prontidão da resposta estatal à demanda de jurisdição; e c) a eficácia da decisão jurisdita”.

Não obstante, este trabalho tem escopo de tratar apenas dessa segunda fase, que é a celeridade na entrega da prestação jurisdicional ao indivíduo. Nesse sentido, tem-se que a Constituição Federal (principalmente depois do advento da Emenda n. 45/2004 — Reforma do Judiciário) e o próprio Código de Processo Civil apresentam instrumentos que têm por finalidade imprimir rapidez às várias etapas do processo, desde a petição inicial até a sentença.

Assim, por exemplo, o artigo 125 do CPC dispõe que o juiz deverá velar pela rápida solução do litígio e tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes (incisos II e IV). O artigo 126 discorre que o juiz tem de decidir um caso, nem que para isso tenha de recorrer à analogia, aos princípios gerais do direito e aos costumes. No artigo 130 está estabelecido que o juiz tem competência para indeferir as diligências inúteis ou protelatórias. Ainda, o juiz poderá, de acordo com o artigo 330 do mesmo diploma legal, julgar antecipadamente a lide quando, por exemplo, a questão de mérito for unicamente de direito ou quando no processo ocorrer a revelia (incisos I e

4 “XXXV — a lei não excluíra da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.”

II). O artigo 331 permite ao juiz designar audiência preliminar quando se tratar a causa de direitos que admitam transação; dentre outros artigos.

Sobre a contribuição do Código de Processo Civil para a agilidade processual, as ainda recentes palavras de Lacerda (1983, p. 14 apud RODRIGUES, 1994, p. 87):

A presença destes marcos no Código vigente, balizas de orientação aos que o empregam, prejudica e desmerece a maior parte das críticas contra ele voltadas. Trata-se de um Código que permite boa justiça. Se ela não se produz com a rapidez desejada, culpe-se, antes de tudo, a organização judiciária e a angústia dos recursos materiais e humanos postos à disposição do Poder Judiciário no Brasil.

Vê-se, assim, que o problema do congestionamento da Justiça brasileira pode ser, além da excessiva demanda judicial, fruto de deficiente administração judiciária. “O Judiciário é um instrumento do Estado para a concretização de seus objetivos, através do exercício da atividade jurisdicional, não um fim em si mesmo. Para que haja realmente a possibilidade de um efetivo acesso à justiça, faz-se necessário também repensá-lo em sua estrutura e funções” (RODRIGUES, 1994, p. 91).

Desse modo, e no que concerne à Emenda Constitucional n. 45/2004, tem-se que dentre os objetivos do legislador na sua promulgação está o de dinamizar o acesso à prestação jurisdicional. Para esse fim, tal emenda lista a celeridade processual no rol dos direitos fundamentais, dispostos no artigo 5º da Constituição Federal. O inciso LXXVIII do referido artigo dispõe: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”⁵ (grifei).

5 “Como se sabe, o Brasil aderiu, em 26 de maio de 1992, à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, assinada em San José da Costa Rica, em 1969, que preceitua em seu art. 8º, § 1º, que toda pessoa tem direito à tutela jurisdicional dentro de um *prazo razoável*”, de modo que referido inciso “declara o direito já existente à razoável duração do processo e à celeridade de sua tramitação. Não se trata de *direito novo*, mas de direito já reconhecido pela legislação ordinária e agora elevado como reforço normativo a texto constitucional” (OLIVEIRA, 2005, p. 183-184, grifo no original).

Segundo Alarcón (2005, p. 33), por constar referido inciso no artigo 5º da Constituição Federal, “indiscutivelmente que nos encontramos diante de um novo direito fundamental dentro do campo do direito constitucional processual, que se estende a todo tipo de processo e qualquer que seja a parte, autor ou réu”.

E segue o autor:

[...] o princípio da celeridade processual, ora expresso na Constituição Federal, revela a postura teleológica do processo, que deve ser assumido como um instrumento ou meio com objetivos claros que, ao serem cumpridos, o legitimam diante da sociedade. Para isso devem evitar-se as formalidades supérfluas, que impedem o cumprimento de seus escopos precípuos.

Está, então, a Emenda n. 45/2004 reafirmando a utilidade do processo e ainda convidando a uma releitura e modificação do sistema processual nos pontos que podem criar empecilhos à rapidez, sem sacrificar, obviamente, os postulados do devido processo, com os quais, em perfeita harmonia, convive o princípio da celeridade (p. 34-35).

Objetivando proporcionar celeridade ao processo, as Leis n. 11.280/06 e 11.419/06 autorizaram a utilização de meios eletrônicos na rotina processual dos órgãos judiciários.

Dessa forma, o artigo 2º daquela primeira lei dá nova redação ao parágrafo único do artigo 154 do Código de Processo Civil, que passa a dispor: “Os tribunais, no âmbito da respectiva jurisdição, poderão disciplinar a prática e a comunicação oficial dos atos processuais por meios eletrônicos, atendidos os requisitos de autenticidade, integridade, validade jurídica e interoperabilidade da Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP – Brasil”.

Foi a Lei n. 11.419/06, no entanto, que mais alterou o Código de Processo Civil, ao dispor sobre a informatização do processo judicial, admitindo o uso de meio eletrônico na comunicação de atos, na tramitação

de processos judiciais e na transmissão de peças processuais (art. 1º). Essa lei, por exemplo, passou a permitir que as peças processuais sejam assinadas eletronicamente, desde que a assinatura seja baseada em certificado digital emitido por autoridade credenciada (art. 1º, § 2º, III, *a*).

Ainda de acordo com essa lei, “os tribunais poderão criar Diário da Justiça eletrônico, disponibilizado em sítio da rede mundial de computadores, para publicação de atos judiciais e administrativos próprios e dos órgãos a eles subordinados, bem como comunicações em geral” (art. 4º). Essa medida faz com que a versão impressa do Diário da Justiça seja extinta, o que proporciona aos cofres do Judiciário vultosa economia financeira.

Essas providências legislativas, desnecessário dizer, almejam contribuir para que o processo judiciário se torne mais rápido, uma vez que o juiz poderá emitir despachos e sentenças do seu escritório, o advogado será intimado por meio da rede mundial de computadores, de modo que as idas deste e das partes ao órgão jurisdicional tendem a ficar cada vez menos necessárias, o que, conseqüentemente, mitigará o fluxo burocrático do processo, permitindo ao Judiciário dar uma resposta mais célere à sociedade.

Em que pesem tais contribuições, algumas delas, como a assinatura eletrônica nas sentenças e nos acórdãos, não foram, até a data da finalização deste artigo, integralmente implantadas no Poder Judiciário de Santa Catarina. Apesar disso, a confecção e transmissão de acórdãos por meio de programa desenvolvido pelo Tribunal de Justiça catarinense já é realidade. Nesse sentido, no próximo capítulo serão explicitados alguns motivos por que a padronização no formato dos acórdãos confeccionados por este Tribunal, além de conferir-lhes identidade e qualidade, pode contribuir para dar celeridade ao processo.

4 RELEVÂNCIA DA PADRONIZAÇÃO NO FORMATO DOS ACÓRDÃOS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA

No final de 2007, o Tribunal Pleno do Tribunal de Justiça de Santa Catarina aprovou a Resolução n. 44/07–TJ, que trata da padronização no formato dos seus acórdãos. Essa medida, para a qual o autor deste artigo contribuiu, já que participou na elaboração do anexo único dessa Resolução e orientou o pessoal dos gabinetes dos desembargadores sobre a sua observância e sobre a importância de todos os acórdãos confeccionados pelo Judiciário catarinense apresentarem *forma* única, objetiva fazer com que o documento da atividade-fim da Instituição, dos variados modos como são feitas as suas ementas, citações, títulos, passe a ter um único formato, o que lhe pode conferir autenticidade, formalmente falando, na medida em que permitirá à sociedade saber, apenas pela forma do documento, que está diante de um acórdão proveniente daquele Tribunal.

Demais, a maneira uniforme como são dispostos o cabeçalho, a ementa, os títulos de um acórdão pode servir-lhe de recurso argumentativo, o qual Cunha (2004, p. 15) chama de “Segmentação”. Segundo a autora, “a segmentação se dá por espaços em branco, parágrafos, mudanças de linha, mudança de página, diferenciação editorial, caixas, interpolação de títulos”. Assim, sendo o acórdão também um documento que pretende convencer as partes e a opinião pública de que a decisão por meio dele aplicada ao caso concreto é a mais justa, a sua “cara”, isto é, a *forma* como essa decisão é colocada no papel pode, de acordo com a autora, ajudar a alcançar esse convencimento.

Além de proporcionar qualidade ao principal documento desse Poder, na medida em que lhe confere identidade e quiçá serve-lhe até mesmo de elemento argumentativo, a uniformização na confecção de todos os acórdãos produzidos pelo Judiciário catarinense — aliada à informatização processual prevista no inciso LXXVII do artigo 5º da Constituição Federal e nas Leis n. 11.280/06 e 11.419/06, e aos poucos implementada

pelo Tribunal — pode contribuir para dar celeridade ao processo e, como consequência óbvia, imprimir agilidade na prestação jurisdicional.

A seguir serão expostos os fundamentos utilizados para a padronização no formato dos acórdãos do Judiciário catarinense, no que tange às suas ementas, títulos e citações (fundamentos dos quais a Diretoria de Informática do Tribunal utilizou-se para elaborar um sistema⁶ que pretende facilitar a confecção, por parte dos gabinetes, de acórdãos devidamente padronizados); após serão mostradas opiniões de três servidores do TJSC a respeito dessa padronização e dos seus efeitos para a celeridade processual.

Acórdão é o julgamento proferido pelos tribunais (artigo 163 do Código de Processo Civil). Guimarães (2004, p. 34) discorre que, “na condição específica de documento, o acórdão se enquadra no âmbito dos atos normativos (ou deliberativo-normativos) [...]”. Documento, então, que é, o acórdão deve seguir alguns requisitos que o identificam. Assim, todo acórdão deve conter protocolo inicial (abertura: Apelação Cível n. .../ Relator: Des. ...), ementa⁷, exórdio (Vistos, relatados e discutidos...)⁸ e protocolo final (data e assinatura), além dos seus requisitos essenciais (relatório, fundamentos e dispositivo)⁹. Embora a supracitada Resolução

6 O *software* SAJ/GGS.

7 Para Guimarães (2004, p. 62), “a ementa, embora fisicamente gerada junto com o acórdão (sendo originariamente publicada no alto daquele) não é parte, mas sim documento contíguo àquele.

Tal aspecto pode ser claramente explicado pelo próprio teor do art. 458 do Código de Processo Civil Brasileiro, segundo o qual são partes essenciais de toda e qualquer decisão o relatório, a motivação e o dispositivo, que encerram a lógica intrínseca ao julgado.

Ora, se a ementa é resumo, constitui-se em um produto documentário, em um novo documento gerado a partir do documento original e sua publicação, juntamente com o acórdão, visa a facilitar o processo de pesquisa. Desse modo, considerá-la parte — e não documento acessório — do acórdão é ferir uma lógica básica, por trazer repetição — e portanto redundância — ao documento original”.

8 Observa-se que acórdãos do STJ e do STF trazem, num só parágrafo, a expressão “Vistos, relatados e discutidos” e a decisão “acordam...”. Já nos acórdãos do Judiciário catarinense há dois parágrafos: um com os “Vistos”, em que aparecem a classe e o número do processo, a comarca de origem, a participação e o nome das partes ativas e passivas; e outro com a decisão (“ACORDAM, em...”).

9 Artigo 458 do Código de Processo Civil: “São requisitos essenciais da sentença [acórdão é uma sentença em sentido lato]: I — o relatório, que conterá os nomes das partes, a suma do pedido e da resposta do réu, bem como o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo; II — os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de

n. 44/07–TJ disponha sobre os estilos de formatação a serem utilizados em todo o acórdão, serão aqui apenas apontados os fundamentos seguidos para se chegar à padronização das ementas, dos títulos (RELATÓRIO, VOTO e DECISÃO) e das citações desse documento. Isso porque, numa análise dos acórdãos do Tribunal, constatou-se que foram essas as partes que mais apresentavam variação de forma.

A Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) não faz nenhuma alusão específica a ementas jurisprudenciais. Em vista disso, o que se pôde fazer para padronizar o seu formato foi cotejar as informações dos poucos autores que tratam sobre o assunto, levar em conta como vinham sendo feitas as ementas no Tribunal de Justiça de Santa Catarina e observar as normas gramaticais e os manuais de redação.

Sabe-se que a ementa é composta de cabeçalho¹⁰ (verbetização) e dispositivo. O cabeçalho é a primeira parte da ementa e, por ser praxe do Tribunal catarinense, vem destacado em caixa-alta. Segundo Campestrini (1994, p. 7), não se deve usar negrito nas ementas porque “esse recurso gráfico *mancha* o texto”. De acordo com ele, se se optar por destacar a ementa, o destaque será o itálico claro, e apenas no dispositivo, que é a segunda parte da ementa e escrito em caixa-baixa.

Com relação ao uso do ponto final no cabeçalho, o mesmo autor (p. 7) diz que “os verbetes devem ser escritos [...] com ponto após cada um deles [...]”, de forma que o último verbeito virá também seguido de ponto (final)¹¹.

Hodiernamente, então, assim são feitas as ementas dos acórdãos confeccionados no Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

fato e de direito; III — o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões, que as partes lhe submeterem”.

10 Denominação dada por Guimarães (2004, p. 14).

11 É permitido, no entanto, o uso de travessão entre os verbetes do cabeçalho.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DISSOLUÇÃO IRREGULAR DA SOCIEDADE. REDIRECIONAMENTO DA AÇÃO DE EXECUÇÃO FISCAL.

Comprovada a dissolução irregular de sociedade inadimplente perante a Fazenda Pública, é possível a constrição de bens do patrimônio pessoal do sócio que, à época da ocorrência dos fatos geradores, exercia poderes típicos de gerência.

Ou:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DISSOLUÇÃO IRREGULAR DA SOCIEDADE. REDIRECIONAMENTO DA AÇÃO DE EXECUÇÃO FISCAL.

Comprovada a dissolução irregular de sociedade inadimplente perante a Fazenda Pública, é possível a constrição de bens do patrimônio pessoal do sócio que, à época da ocorrência dos fatos geradores, exercia poderes típicos de gerência.¹²

Quanto aos títulos, que encabeçam os requisitos essenciais do acórdão, havia uma variedade de formas como eram feitos. Seguem alguns exemplos:

I — <u>Relatório</u>:	II — <u>Voto</u>:	III — <u>Decisão</u>:
<u>RELATÓRIO</u>:	<u>VOTO</u>:	<u>DECISÃO</u>:
I — <u>RELATÓRIO</u>	II — <u>VOTO</u>	III — <u>DECISÃO</u>
I — RELATÓRIO	II — VOTO	III — DECISÃO
Relatório	Voto	Decisão

Havendo essas diferentes formas de elaborar os títulos do acórdão, urgiu a necessidade de padronizá-los.

Em relação à sobreposição de destaques conferida aos títulos, Me-deiros (2002, p. 174) afirma:

¹² Ementa retirada do Agravo de Instrumento n. 2006.023285-6, de Camboriú.

Todos esses destaques, quando sobrepostos, trazem maiores prejuízos à compreensão do texto e a sua apresentação visual: **VERSAL e bold**, ao mesmo tempo; **VERSAL e *itálico***; **VERSAL e aspas; bold e aspas; bold e *itálico*** [...].

No que concerne à pontuação nos títulos, a ABNT dispõe: “3.6 Não se utilizam ponto, hífen, travessão ou qualquer sinal após o indicativo de seção ou de seu título” (NBR 6024¹³, 2003, p. 2). Ainda segundo a mesma norma: “**2.2 indicativo de seção**: Número ou grupo numérico que antecede cada seção do documento” (p. 1, grifo no original). Vale lembrar que a ABNT não admite o uso de algarismo romano como indicativo de seção.

Desse modo, os títulos do acórdão do Judiciário catarinense são hoje assim feitos:

RELATÓRIO

VOTO

DECISÃO

E para padronizar o modo de citar, dentro do acórdão, jurisprudências, depoimentos, doutrinas e atos em geral, recorreu-se à NBR 10520¹⁴. Segundo tal norma (2002, p. 2),

as citações diretas, no texto, de até três linhas, devem estar contidas entre aspas duplas. As aspas simples são utilizadas para indicar citação no interior da citação.

[...]

As citações diretas, no texto, com mais de três linhas, devem ser destacadas com recuo de 4 cm da margem esquerda, com letra menor que a do texto utilizado e sem aspas.

[...]

13 Aplica-se à redação de todos os tipos de documentos escritos.

14 Esta norma indica como fazer citação em documentos escritos.

Devem ser indicados [...] ênfase ou destaques do seguinte modo:

[...]

c) ênfase ou destaque: grifo ou negrito ou itálico.

Assim, todas as citações feitas nos acórdãos seguem, atualmente, a regra ditada pela ABNT, regra essa constante da Resolução n. 44/07–TJ.

Para saber da importância de se padronizar o formato dos acórdãos confeccionados na Corte de Justiça catarinense, entrevistaram-se três servidores do Tribunal. Eis as duas perguntas feitas aos entrevistados com as respectivas respostas, que foram aqui transcritas literalmente:

1) Em sua opinião, qual a importância de se padronizar a *forma* como são feitos os acórdãos do TJSC (*vide* Anexo único da Resolução n. 44/2007–TJ)?

Entrevistado 1

“Na minha opinião, os principais benefícios da padronização dos acórdãos são a qualidade e a celeridade. A qualidade é obtida porque o padrão estabelecido atende às normas técnicas vigentes. A celeridade decorre da impossibilidade de os gabinetes criarem estilos e formatos próprios, reduzindo o tempo despendido na confecção destes documentos. Conforme salientou-se nas considerações da norma supracitada, tal providência não se trata de uma opção, mas sim, da estrita observância dos princípios da impessoalidade e da eficiência, insculpidos no *caput* do art. 37 da CF.”

Entrevistado 2

“Em minha opinião, a padronização dos acórdãos tem grande importância para qualificar o produto a ser disponibilizado à sociedade catarinense, quer seja relativo à formatação, quer seja pelo seu conteúdo, ou seja, os textos componentes do acórdão.”

Entrevistado 3

“A padronização da forma para a elaboração dos acórdãos proporciona o coerente armazenamento de decisões prolatadas pelo TJSC, facilitando a consulta de precedentes por parte dos jurisdicionados, servidores e magistrados.”

2) Você acha que essa padronização pode proporcionar mais celeridade à prestação jurisdicional? Por quê?

Entrevistado 1

“Sim, pois evita que se desperdice tempo na criação de formatos e estilos próprios, o que contribui para a redução no prazo de publicação dos acórdãos.”

Entrevistado 2

“Se focarmos somente o momento da produção de um acórdão, poderemos equivocadamente imaginar que tal padronização demanda mais tempo para sua conclusão, mas se tivermos o conhecimento do trâmite de um acórdão, desde o momento da sua conclusão e disponibilização para conferência, até o momento de sua publicação, via edital de publicação de acórdãos, poderemos facilmente identificar as vantagens dessa padronização, principalmente por possibilitar a confiabilidade em seu conteúdo, eliminando assim algumas atividades manuais ora executadas e para posterior aproveitamento para geração automática, via rotinas informatizadas, dos editais de publicação de acórdãos, além da facilitação e até mesmo a eliminação da etapa de conferência dos acórdãos. Portanto, a formatação possibilitará uma drástica redução no prazo necessário para a publicação dos acórdãos, que hoje está em torno de 70 dias, para um prazo máximo de 15 dias, podendo, dependendo das definições dos gestores, chegar a 2 dias.”

Entrevistado 3

“A padronização pode, com efeito, proporcionar mais celeridade à prestação jurisdicional, uma vez que, estabelecidos modelos de formação, se reduz a necessidade de revisão [no formato] das decisões nesse aspecto.”

Passa-se agora à análise dessas entrevistas. Primeiramente, é importante fazer um breve comentário sobre o princípio constitucional da impessoalidade, disposto nos “considerandos” da Resolução n. 44/07–TJ e aventado por um dos entrevistados. Esse princípio é o de que

a atividade da Administração deve ser neutra, objetivando exclusivamente a realização do interesse de todos, jamais de uma pessoa ou um grupo em particular.

[...]

De outra parte, o princípio da impessoalidade aplica-se internamente à Administração, para evitar que esta apresente-se com a marca pessoal do ocupante momentâneo do poder ou outra fórmula de identificação de sua pessoa. Nesse sentido, *todos os atos praticados no exercício de função pública são imputáveis à Administração, e não à pessoa que o executa* (TAVARES, 2007, p. 1.157, grifo nosso).

Assim, acredita-se que também se pode inferir desse princípio que, sendo o acórdão um ato normativo-deliberativo proveniente de um órgão público, não deve vir com a “marca”, *no que se refere a sua forma* (e não ao estilo), da pessoa que o redigiu; já daí exsurge uma das necessidades de se confeccionar o formato desse documento de maneira padronizada.

Outro ponto abordado por um dos entrevistados é a facilidade de consulta que referida uniformização nos acórdãos pode proporcionar. Isso porque quando se têm, dentro do acórdão, campos definidos para cada parte do documento, o leitor não se perde por meio de seus enunciados¹⁵

15 A divisão pelos títulos RELATÓRIO, VOTO, DECISÃO, por exemplo, guia o leitor.

nem tem dificuldades de diferenciar, por exemplo, entre as citações feitas no acórdão e o texto do relator, já que aquelas são feitas com o devido recuo exigido pela NBR 10520.

Viu-se também que a qualidade do documento é uma das vantagens dessa padronização. Assim, o acórdão, por ser um documento técnico, tende a ganhar mais qualidade e credibilidade ao ser confeccionado de acordo com as normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT).

Finalmente, percebeu-se, pelas respostas dadas, que a padronização no formato dos acórdãos confeccionados pelo Tribunal de Justiça catarinense pode imprimir agilidade na publicação desses documentos, o que beneficia a sociedade, evitando-se que o direito material desta não seja prejudicado pela demora na prestação jurisdicional decorrente de puro mau aproveitamento de recursos humanos e tecnológicos.

Cabe agora finalmente discorrer sobre como a uniformização dos acórdãos pode fazer com que a publicação desses documentos torne-se mais rápida.

Grosso modo, o acórdão redigido no gabinete de desembargador é armazenado em uma pasta à qual a Seção de Padronização e Conferência de Acórdãos, da Divisão de Documentação do TJSC, tem acesso. Esta Seção faz a revisão no formato do acórdão, ou seja, confere se nos seus campos estão sendo utilizados os estilos estabelecidos pela Resolução n. 44/07-TJ. A conferência feita por essa Seção é importante porque, na confecção dos editais (resumo do acórdão) que serão publicados no Diário da Justiça Eletrônico do Tribunal, é usado um programa que busca no acórdão somente os campos “partes”, “ementa” e “decisão”, de modo que se o gabinete fizer, por exemplo, uma citação no interior do acórdão usando o estilo ementa, poderá essa citação constar no edital, no campo destinado à ementa, o que pode acarretar grandes problemas para advogados, promotores e auxiliares da justiça em geral. Assim, havendo estrita observância, por parte do ga-

binete de desembargador, da norma supracitada para a confecção dos seus acórdãos, o trabalho da Seção de Padronização e Conferência de Acórdãos tende a se tornar bem mais rápido, e a publicação do acórdão, que hoje se dá, em média, após setenta dias da data de sua assinatura, pode ocorrer, como bem lembrou um dos entrevistados, em quinze dias a contar dessa data, fato que vai ao encontro dos interesses do jurisdicionado, que só poderá, em princípio, reaver seu direito ou recorrer da decisão *depois que o dispositivo do acórdão for publicado* (art. 506, III, CPC).

No mais, sabe-se que os sistemas informatizados trabalham com padrões, de forma que para pôr em prática as supracitadas Leis n. 11.280/06 e 11.419/06, que vieram para informatizar o processo, conferindo-lhe celeridade, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina, dando cumprimento à Resolução n. 44/07-TJ, tem, dentre outras medidas, de efetivamente uniformizar os seus acórdãos.

5 CONCLUSÃO

A Justiça brasileira é conhecida pela sua lentidão na resolução de conflitos. Isso se deve, em parte, ao nosso ordenamento jurídico — herança do sistema da *civil law* —, que, ao mesmo tempo em que garante procedimentos que visam agilizar a prestação jurisdicional (procedimentos constantes, como visto, do Código de Processo Civil e da Constituição Federal), faz com que o direito processual muitas vezes se sobreponha ao direito material, maculando preceitos constitucionais, como o previsto no inciso XXXV da Carta, qual seja, o de que o Judiciário não deixará de apreciar lesão ou ameaça a direito.

De fato, o Judiciário não pode negar-se a decidir conflitos dele conhecidos. Não basta, contudo, que esses conflitos sejam decididos: eles têm de ser *rapidamente* decididos, é o que prega o recente inciso LXXVIII do artigo 5º da Constituição; assim, a rápida prestação jurisdicional não é

um favor que o Estado presta ao indivíduo, mas um direito fundamental deste, de modo que cabe aos órgãos jurisdicionais investir na área administrativa (de pessoal) e tecnológica, com vistas em garantir que a resposta ao cidadão não seja, por meros entraves burocráticos, tão demorada (não podemos nos esquecer de que a alta demanda judicial, por si só, já é fator para o congestionamento da Justiça).

O Tribunal de Justiça de Santa Catarina já deu um grande passo nesse sentido ao aprovar a Resolução n. 44/07–TJ, que trata sobre a padronização no formato dos acórdãos da Instituição. Tentei, por meio deste artigo, mostrar que a uniformização nos acórdãos pode diminuir o tempo compreendido entre a data da assinatura do documento e a da sua publicação. Como consequência disso, a prestação jurisdicional torna-se mais célere, e o jurisdicionado, satisfeito, já que é, em tese, a partir da publicação do dispositivo do acórdão no Diário da Justiça Eletrônico que ele poderá ter seu direito reintegrado, se a decisão lhe for favorável, ou recorrer às instâncias superiores, se a decisão for de encontro aos seus anseios.

6 REFERÊNCIAS

- ALARCÓN, P. de J. L. Reforma do judiciário e efetividade da prestação jurisdicional. In: _____; TAVARES, A. R.; LENZA, P. (Coord.). *Reforma do judiciário analisada e comentada*. São Paulo: Método, 2005.
- ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. *NBR 6024: informação e documentação: numeração progressiva das seções de um documento escrito: apresentação*. Rio de Janeiro, 2003.
- _____. *NBR 10520: informação e documentação: citações em documentos: apresentação*. Rio de Janeiro, 2002.
- CAMPESTRINI, H. *Como redigir ementas*. São Paulo: Saraiva, 1994.
- CINTRA, A. C. de A.; GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C. R. *Teoria geral do processo*. 24. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008.
- CUNHA, H. C. M. A arte da persuasão. In: FETZNER, N. L. C. (Coord.). *Argumentação jurídica*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2004.
- GUIMARÃES, J. A. C. *Elaboração de ementas jurisprudenciais: elementos teórico-metodológicos*. Brasília/DF: CEJ, 2004. (Série Monografias do CEJ; v. 9). ISBN 85-85572-79-5. Disponível em: <<http://www.cjf.gov.br/revista/monografia09.pdf>>. Acesso em: 10 abr. 2007.
- HOBBS, T. *Leviatã: ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. São Paulo: Martin Claret, 2006. Coleção a obra-prima de cada autor. Série Ouro.
- MEDEIROS, J. B. *Manual de redação e normalização textual: técnicas de editoração e revisão*. São Paulo: Atlas, 2002.
- OLIVEIRA, P. M. de. O direito à razoável duração do processo à luz dos direitos humanos e sua aplicação no Brasil. *Jurisprudência*

Catarinense, Florianópolis, Tribunal de Justiça do Estado de SC, v. 107, abr. 2005.

RODRIGUES, H. W. *Acesso à justiça no direito processual brasileiro*. São Paulo: Acadêmica, 1994.

RODRIGUES, S. *Direito civil: parte geral*. 32. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2002.

SILVA, O. A. B. da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

TAVARES, A. R. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

O QUE É “JUSTIÇA SOCIAL”?*

Sérgio Luiz Junkes**

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 A justiça em Platão. 3 A justiça em Aristóteles; 4 A justiça em Santo Agostinho. 5 A justiça em Santo Tomás de Aquino. 6 A justiça em Rousseau. 7 A justiça em Rawls. 8 A justiça na Doutrina Social da Igreja. 9 Conclusão: um conceito proposto de justiça social. 10 Referências.

1 INTRODUÇÃO

“Justiça social” é uma expressão que desfruta de grande popularidade nos dias atuais! Não há cidadão que não clame por ela. Não há partido ou discurso político, de esquerda ou de direita, em que ela não esteja presente. Não há noticiário ou discussão a respeito dos problemas ou das conquistas sociais em que ela não seja citada. De tão freqüente e indiscriminada a sua utilização, chega até a soar banal. Isso explica, talvez, o sentido vazio e automático que às vezes emprestamos a ela. Claro que isso não deveria ser assim. Como diz Barbosa (1984, p. 7), “pode-se dizer com segurança que o interesse primordial do homem sobre a Terra é a justiça. A fim de estabelecê-la e mantê-la, os homens se agruparam e criaram suas instituições. *Grosso modo*, pode-se dizer, toda organização social existe a fim de obter a realização da justiça”. Mas, afinal, o que é “justiça social”? É difícil uma resposta a uma indagação tão profunda, e certamente não a encontraremos no âmbito estreito deste artigo. O que aqui se propõe, sobretudo, é convidar o leitor a refletir sobre os seus caracteres e sobre a sua vinculação com o bem-estar coletivo e com a organização da sociedade e respectivas

* O presente artigo consiste em versão adaptada do primeiro capítulo da dissertação de mestrado intitulada “O Princípio da Justiça Social e a Defensoria Pública”, do mesmo autor.

** Juiz de Direito da 2ª Vara Cível de Joinville/SC; doutorando em Direito pela UFSC.

instituições que a compõem. Para tanto, a pesquisa tem como eixo central o resgate histórico da temática da “justiça social” através da filosofia política. Pesquisamos, por opção metodológica, aspectos do conceito de justiça na filosofia de Platão, Aristóteles, Santo Agostinho, Santo Tomás de Aquino, Rousseau, Rawls e da Doutrina Social da Igreja. Ao final, no entanto, não nos furtamos da tentativa de formular um conceito provisório e geral sobre o que entendemos ser “justiça social”.

2 A JUSTIÇA EM PLATÃO

Na filosofia de Platão, é possível visualizar duas modalidades de justiça: uma absoluta e outra relativa. A absoluta, ou divina, é a justiça perfeita. É aquela que se apresenta reservada às almas para após a morte, ao além. Tem o caráter de retribuição: pagar o mal com o mal, e recompensar o bem com o bem (PLATÃO, [20—?], p.276). A segunda modalidade é aquela justiça humana e palpável. Espelha-se nos princípios da alma e dela tenta-se aproximar (p. 144-145). Por opção metodológica, este trabalho deter-se-á na segunda concepção de justiça.

Platão situa a justiça humana como uma virtude indispensável à vida em comunidade. É ela que propicia a convivência harmônica e cooperativa entre os seres humanos em coletividade. Platão identifica esta justiça humana com o suprimento das necessidades recíprocas e com a felicidade de todos. Para tanto, inspirando-se na essência daquela modalidade transcendente de *justiça*, propugna um modelo de Estado ideal, estruturado de forma tripartite (PLATÃO, [20—?], p. 29, 47, 120, 145-256). Tal qual a alma humana, as suas três partes ou classes correspondem às virtudes da temperança, da coragem e da prudência, e exercem atividades correlatas.

A primeira é formada pelos agricultores, comerciantes e industriais, e é incumbida de promover o sustento econômico. A segunda constitui-se dos guardiões, vigilantes e militares, e ostenta a tarefa de defesa da comunidade

e da ordem interna e externa. À terceira classe, composta dos governantes e filósofos, cabe a direção estatal, a legislação e a educação (PLATÃO, [20—?], p. 110-120). A justiça, para Platão, apresenta-se, assim, como a virtude superior, capaz de harmonizar as demais. Da mesma forma é a justiça a responsável por harmonizar o convívio das pessoas e das classes dentro da comunidade política. Para que isso seja possível, não pode haver interferência de uma classe na outra.

Para tanto, tal pressuposto deve ser racionalmente aceito e observado por cada integrante da organização social. Segundo essa mesma natureza, para Platão a divisão do trabalho entre os seres humanos decorre de acordo com a aptidão de cada um. Deve haver, assim, o máximo aproveitamento do talento e das potencialidades de cada pessoa. Em razão disso é que o pensamento platônico preconiza que a justiça consiste também em fazer cada qual o que lhe compete. E é esta especialização, com vistas ao bem-estar coletivo, a responsável pela produtividade, qualidade e eventual compensação em face da diferença de talento entre uma pessoa e outra (PLATÃO, [20—?], p. 48, 101, 110 e 118).

Platão ([20—?], p. 135-137) idealiza a comunidade como uma grande família, a qual se mede mais justa quanto mais unida. A comunidade, segundo Platão, não deve ser rica nem pobre, a fim de evitar os males da ociosidade e da moleza (p. 99). Da mesma forma, a pessoa que desejar aperfeiçoar a sua alma para granjear a justiça divina também deve afastar-se da cobiça, dos vícios, do acúmulo de riquezas (p. 276-278).

Em suma, e em outros termos, a par do interesse de cada pessoa em suprir as suas próprias carências e obter autonomia, assenta-se também a teoria platônica de justiça em um verdadeiro interesse comum distributivo. Deve ela possibilitar a melhoria uniforme da existência de todos. A ordem na cidade representa a justiça, e a desordem, a injustiça (PLATÃO, [20—?], p. 97).

3 A JUSTIÇA EM ARISTÓTELES

Aristóteles concebe a justiça, em sentido amplo, como uma mediana entre dois extremos. Esses dois extremos, todavia, no caso da “justiça”, caracterizam-se por representar apenas um único vício: o da injustiça. A justiça, para Aristóteles, situa-se no meio-termo entre o excesso e a carência. Em outras palavras, tomando-se os pólos envolvidos e norteando-se por um critério de igualdade ou proporção, de acordo com a teoria aristotélica a justiça constitui-se naquela situação de equilíbrio capaz de propiciar que cada qual não saia ganhando ou perdendo (ARISTÓTELES, 2002, p. 136-138 e 148-149).

Aristóteles distingue a justiça em *universal* e *particular*. A primeira constitui-se em gênero em relação à segunda.

A *justiça universal* é identificada com o agir em prol do bem da comunidade e com observância à lei. Isso porque a lei, conforme Aristóteles, sempre representa o interesse público. Em face disso, ao exigir a prática de várias modalidades de condutas virtuosas no meio social, como a generosidade, a temperança, etc., é que Aristóteles (2002, p. 137-139) chega a designar a justiça como a virtude perfeita.

A *justiça particular* refere-se à aplicação, entre as pessoas, da sua proposta de justiça. Sob esse enfoque, Aristóteles classifica-a em *corretiva* e *distributiva*.

A *justiça corretiva* é aquela presente nas transações privadas voluntárias ou involuntárias. Nesse último caso, está associada a um dano e a um conseqüente conflito. A *justiça corretiva* é, assim, no âmbito da involuntariedade, aquela responsável pela equalização dos conflitos surgidos entre os particulares. Em outros termos, é aquela ligada à figura do juiz. O juiz, por sua vez, é a pessoa que se situa em posição intermediária aos litigantes, designada a mediar as perdas e ganhos decorrentes de um fato conflituoso para, aritmética e objetivamente, restaurar a igualdade entre as partes. No

âmbito da voluntariedade, a *justiça corretiva* é aquela associada ao equilíbrio das contraprestações assumidas nas transações privadas, como a troca e a compra e venda (ARISTÓTELES, 2002, p. 140, 143-149).

A *justiça distributiva* é aquela relativa ao partilhamento feito pelo governante em relação às honras, aos cargos, aos bens e ônus existentes, em relação aos governados. Essa classificação é a modalidade que mostra maior relevo para o estudo evolutivo da justiça social. É indispensável à realização da *justiça distributiva* que as pessoas consideradas sejam todas livres ou tenham um espaço para participar ativamente na vida social e colher os frutos dessa participação. Devido a tais características, ou seja, ao fato de ter como objeto o meio social, composto de pessoas livres e iguais (proporcionalmente), é que o próprio Aristóteles (2002, p. 150) define a sua idéia de justiça como uma concepção de natureza eminentemente política.

Aristóteles, na justiça distributiva, ao contrário da espécie corretiva, concebe um critério não meramente aritmético, mas geométrico. Os bens e ônus devem ser distribuídos proporcionalmente em função do mérito de cada um. Aristóteles ([20—?], p. 89) reconhece que as pessoas não são iguais. Todavia, entre aqueles que estão na mesma posição de igualdade, não é admissível nenhuma diferença de tratamento. Isso é denominado pelo filósofo como *princípio da atribuição em função do mérito*. Aristóteles não identifica com precisão qual deva ser esse mérito, muito embora registre que numa democracia seja associado com a liberdade; numa oligarquia, com o bom nascimento ou com a riqueza; e numa aristocracia, com a virtude (2002, p.141).

Diante do estudo realizado, contudo, é possível propor três coordenadas para aferição desse mérito:

(a) O pensamento de Aristóteles (2002, p. 49) é finalístico, ou seja, tem como finalidade sempre a produção e preservação da felicidade da

comunidade política¹. Há de se levar em conta que Aristóteles (2002, p. 49) relaciona a felicidade à auto-suficiência, ou seja, a uma coisa que torna a vida humana desejável e sem carências. Em outros termos, Aristóteles parece situar esta felicidade em viver bem e dar-se bem com todos (p. 52). A distribuição dos bens e encargos deve, pois, atuar e convergir para a realização desses elementos que compõem a felicidade da comunidade política.

(b) A divisão dos recursos comuns deve levar em conta a contribuição dada individualmente (p. 143). Independente da forma de governo, esse parece ser, por si só, um critério de merecimento a ser considerado na repartição das vantagens mencionadas. Permite a seguinte ilação: já que aquele que contribui mais apresenta maior mérito para efeitos da atribuição das vantagens, todos que pretenderem obter mais vantagens também terão que oportunamente contribuir mais. Dessa forma, a busca da felicidade comum não é uma responsabilidade só do governante, mas, sim, de todos aqueles que compõem a comunidade, que devem se esforçar para que aquela se torne e se mantenha auto-suficiente (ARISTÓTELES, 2002, p. 55).

Sendo a justiça uma virtude, tal se coaduna com a idéia de Aristóteles sobre essa última, de que deve ser operativa, atuante.

(c) Qualquer que seja o mérito escolhido, nunca alguns deverão receber os bens em excesso e outros de forma insuficiente. Ou seja, eliminando-se os extremos, jamais deverá ser grande a distância entre os que têm e os que têm menos. Aí residiria o ponto de equilíbrio. Aliás, o exercício dessa noção da justiça distributiva é também tarefa de cada membro da comunidade, pois, para Aristóteles (2002, p. 149), aquele que recebe vantagens em demasia comete injustiça. De se ressaltar que a

1 “[...] o termo ‘justo’ é aplicado a qualquer coisa que produz e preserva a felicidade, ou as partes componentes da felicidade da comunidade política” (ARISTÓTELES, 2002, p. 22).

prática da justiça — virtude que é — deve ser sempre exercida de forma voluntária e prazerosa (p. 53).

4 A JUSTIÇA EM SANTO AGOSTINHO

Santo Agostinho, tal como Platão, parece designar a justiça como uma experiência para após a morte, através da qual Deus opera a separação entre bons e maus. Com efeito, ao contrário da metempsicose platônica, a recompensa aos bons e o castigo aos maus são infinitos. Ou seja, aos bons reserva-se a paz perfeita em uma vida eterna; aos maus, o martírio perpétuo (AGOSTINHO, 2001b, p. 173).

Santo Agostinho distingue a Cidade de Deus da cidade terrena. A Cidade de Deus apresenta-se como aquele reino no plano transcendental, ou celestial, onde os bons habitam eternamente com Deus em meio à felicidade suprema. Já a cidade terrena ou humana é aquela Sociedade formada pelas pessoas que transitoriamente vivem na Terra à espera do julgamento de Deus (AGOSTINHO, 2001a, p. 27).

Os bons, para Santo Agostinho (2001b, p. 405), são os tementes a Deus, os seguidores das Sagradas Escrituras e, especialmente, dos ensinamentos de Cristo, na cidade terrena.

A verdadeira justiça, para Santo Agostinho, é a exercida por Deus. Segundo o que se entende, é a que garante a Ordem Suprema na Cidade de Deus, a felicidade perene e a comunhão divina da absoluta paz e concórdia entre os bons. Esta Justiça, de acordo com Santo Agostinho, é incompreensível ao limitado intelecto humano. Independe ela das instituições, das leis e falível justiça terrenas, porquanto marcadas pela imperfeição humana. Apesar disso, mesmo desinfluentes as leis, instituições e costumes humanos, Santo Agostinho reconhece que esses visam à consecução da paz terrena. Diante disso, preconiza Santo Agostinho que cada um deve utilizar desse desiderato e das condições dos homens para fomentar a cooperação social a

fim de salvaguardar a religião e a prática da sua fé (AGOSTINHO, 2001^a, p. 374; 2001b, p. 394, 402 e 409).

No plano terreno e sensível, é possível determinar, na teoria agostiniana, alguns traços de uma justiça tendente a se aproximar daquela Justiça Suprema e perfeita. Para Santo Agostinho, qualquer reino em que não haja justiça não passa de pirataria, ou seja, de uma reunião de salteadores que repartem a presa por intermédio de convenções (AGOSTINHO, 2001a, p. 153). De acordo com ele, onde não há justiça não pode haver direito (2001b, p. 412).

No pensamento agostiniano (2001b, p. 402), a justiça realizável nesse mundo tem a ver com uma ordem, que, inspirando-se na Cidade de Deus, propicia a paz e a concórdia entre os homens, de modo que não só seja assegurado a cada um o exercício da fé em Cristo, mas também que todos vivam bem, supram as suas necessidades vitais e, destarte, protejam-se contra a atormentação pecaminosa (p. 408).

Em sentido amplo, para Santo Agostinho, com vistas à ordem terrena, a justiça é a virtude segundo a qual se dá a cada qual o que é seu. Isto é, a justiça consiste em atribuir a cada um o que lhe pertence, ou o que merece, tal qual a inspiração da Ordem Divina. No caso, o critério de aferição desse merecimento deve ser conferido pelo direito. Para Santo Agostinho, o direito apresenta-se como instrumento indispensável à paz e à ordem sociais, ao coordenar interesses e vontades particulares e ao privar os maus da licença de fazer mal (AGOSTINHO, 2001b, p. 390 e 412).

Para Santo Agostinho (2001b, p. 406), a ordem justa terrena não se coaduna com o apetite pelo domínio, com as paixões humanas e com a cobiça, principalmente em detrimento dos pobres (2001a, p. 208). Ao contrário, preconiza que deva haver a prática da caridade entre os indivíduos e entre governantes e governados (2001b, p. 169). As riquezas, assim, devem ser distribuídas de acordo com as necessidades de cada um (2001a, p. 218).

Ao lado da contemplação em busca da verdade divina, cada um deve partir para a ação e ser útil ao próximo. Tal é corolário do ensinamento cristão que manda amar a Deus e ao próximo como a si mesmo. Daí decorre que não se deve fazer mal a ninguém, e bem a quem se possa. Este modo de proceder, por sua vez, é que resulta na concórdia entre os seres humanos, seja entre homens e mulheres, pais e filhos, patrões e criados, governantes e governados. Deve iniciar-se pelo ambiente doméstico, pela facilidade dos meios oportunos, e estender-se a todo o ambiente social. A propósito, a casa, segundo Santo Agostinho, deve ser o princípio e o fundamento da cidade (2001b, p. 405, 407 e 410).

5 A JUSTIÇA EM SANTO TOMÁS DE AQUINO

Para Santo Tomás de Aquino, a justiça implica a noção de igualdade. Por isso, sempre diz respeito a uma relação entre duas ou mais pessoas que possam agir diversamente, já que nada pode ser igual tomando-se a si mesmo. A Justiça ordena as relações humanas, seja de uma maneira geral ou singular. A primeira considera que quem serve a uma determinada comunidade serve a todos os seus integrantes. A segunda refere-se às relações dos seres humanos com outrem, tomadas isoladamente. Os membros de uma comunidade estão para essa como a parte está para o todo. Dessa forma, ao pertencer ao todo, o bem de cada parte se ordena ao bem do todo. Por essa razão, ao ordenar o homem para o bem comum é que Santo Tomás de Aquino situa a justiça como uma virtude geral, que direciona os atos de todas as outras virtudes (AQUINO, 1980, p. 2.488, 2.491-2.492).

Santo Tomás de Aquino não se opõe à classificação aristotélica de justiça *comutativa* e *distributiva*. A primeira corresponde a dar e receber de volta. A segunda, a atribuir-se a cada um de acordo com o que é devido, ou de acordo com sua dignidade (AQUINO, 1980, p. 2.515-2.516). Santo Tomás de Aquino acresce outra modalidade de justiça, a qual denomina de

justiça legal. Segundo ele, a justiça legal é a decorrente da ordenação legal que orienta o comportamento humano para o bem comum (p. 2.492).

A noção aristotélica de *justiça distributiva*, segundo Santo Tomás de Aquino, diz respeito a um ato de governo. Isto é, só quem exerce o governo é que pode realizar a *justiça distributiva*. A *justiça legal*, ao contrário, dela se difere pelo fato de dizer respeito não à distribuição do todo para as partes, mas das partes para o todo. Ou seja, a *justiça legal* refere-se não à distribuição dos bens aos particulares, mas à contribuição de cada um para o bem comum (AQUINO, 1980, p. 2.515).

Santo Tomás de Aquino (1997, p. 101-102) esclarece que seguir a justiça é fazer o que é reto, e justas são as leis quando visam ao bem comum. Inexiste favorecimento se as normas iguais são destinadas a pessoas desiguais (p. 116). Quanto ao governo, este é justo se visar ao bem comum da população, e não ao bem privado do governante ou de outrem. O bem comum orienta-se para a construção de uma Sociedade mais perfeita, que seja auto-suficiente. A auto-suficiência significa que essa Sociedade possa suprir todas as necessidades individuais e coletivas. Além disso, o bem comum também conduz à obtenção e conservação da união harmônica e pacífica da população (AQUINO, 1997, p. 128-130).

Para Santo Tomás de Aquino, tal qual a vida feliz que se espera no céu após a morte, o bem comum, no plano terreno, proporciona que todos possam viver bem, isto é, viver em meio aos bens particulares que cada um almeja, seja riqueza, saúde ou outros (AQUINO, 1997, p. 166). Três são as condições para viver bem: que exista união de todos pelo vínculo da paz, que todos sejam dirigidos a fazer o bem e atuação para que se tenha abundância suficiente dos bens necessários (p.167).

6 A JUSTIÇA EM ROUSSEAU

Rousseau distingue, em sua teoria, a vontade de todos os membros de uma nação de uma vontade denominada “geral”. Essa, a “vontade geral”, é obtida através do consenso dos cidadãos e visa sempre ao interesse comum; por isso leva à concórdia. A vontade de todos, ao revés, por constituir-se na simples somatória de vontades particulares, mira-se sempre nos interesses individuais. Esses, por via de regra, são contraditórios. Por essa razão, não se coadunam com a noção de harmonia social (ROUSSEAU, 1993, p. 46). Assim, para Rousseau, justa é a união voluntária de cidadãos que submetem as suas vontades à vontade geral. Justa também é essa vontade geral ao assegurar-lhes liberdade e igualdade e ao guiá-los à felicidade pública (p. 59). Essas são premissas do que Rousseau nominou de “contrato social”. Para o filósofo de Genebra (1993, p. 25, 38, 43 e 48), a justiça corresponde a uma ordem social resultante da associação de seus membros, ciosos de seus direitos e deveres, regulada e administrada através de convenções que retratam a vontade geral, com vistas ao bem-estar comum.

Rousseau (1993, p. 34) parte do pressuposto de que cada indivíduo, para conservar-se e prover as suas necessidades, tem de agregar-se a outros. Isso, porém, não pode significar abdicar da liberdade, que é um valor ínsito e irrenunciável ao ser humano (p. 30). De qualquer forma, para regular este auxílio mútuo, é preciso ordem, isto é, que seja até possível compelir, se necessário, as pessoas a que se conduzam de maneira solidária e pacífica, e não só de acordo com os seus interesses e preferências. Essa força coativa, porém, para não macular a liberdade de cada um e para legitimar-se, isto é, ser aceita por todos, até mesmo pelo coagido, deve previamente se assentar em convenções voluntariamente fixadas pela vontade geral dos componentes da associação política (ROUSSEAU, 1993, p. 26-29, 35, 38, 49 e 57).

Rousseau pretende com isso que as pessoas substituam o instinto natural de cada um pela justiça proporcionada pela retidão da vontade geral e que, destarte, todos ouçam a voz da razão e do dever, em vez do impulso físico, do apetite e de seus caprichos (ROUSSEAU, 1993, p. 39). Essa é a base do pacto social preconizado por Rousseau, segundo o qual, cada um submete-se a uma organização incumbida da direção da vontade geral para, em contrapartida, receber os frutos de toda a comunhão de forças resultantes do todo. Trata-se do Estado esta organização (p. 36).

O Estado, dirigente que é da vontade geral oriunda do consenso entre os cidadãos, para promover a justiça, deve sempre se guiar pelo bem comum, pela felicidade e prosperidade de todos, e não por interesses particulares (ROUSSEAU, 1993, p. 49 e 97). Para o filósofo, é especificamente essa união em torno desses objetivos que determina a obediência de todos às leis, já que a liberdade de cada um é deliberada, ou seja, tem seu raio limitado pela vontade geral, a qual por sua vez também tem cristalizada a vontade de cada um.

A busca do bem-estar coletivo ou de vantagens recíprocas não deve se desenvolver apenas na relação entre os cidadãos e o Estado, e vice-versa. Deve ocorrer, também, consoante Rousseau (1993, p. 37), entre os cidadãos, reciprocamente. Isso porque estes, a par de seus direitos e deveres e vontades particulares, devem interagir de acordo com a vontade geral, auxiliando-se mutuamente.

A atuação do Estado deve pautar-se pelo respeito à liberdade e à igualdade. A liberdade e a igualdade são, para Rousseau, o maior bem e o fim de toda a legislação. Para ele, se o pacto social dá vida ao corpo político, o seu movimento e a sua vontade são dadas pela legislação, através da qual se unem direitos e deveres e dirige-se a justiça ao seu fim. Por isso é que Rousseau coloca as leis como condições da própria associação civil (ROUSSEAU, 1993, p. 42, 53 e 55).

Liberdade, no pensamento rousseauiano, significa que cada um tenha segurança e autonomia para suprir as suas necessidades e também para desenvolver-se e participar das deliberações comunitárias. Para tanto, deve haver igualdade. Segundo Rousseau (1993, p. 43), enquanto a vontade particular dirige-se às preferências, a vontade geral dirige-se à igualdade. Esta, por sua vez, para Rousseau, deve ser entendida em primeiro lugar sob o aspecto de que todos devem ser tratados igualmente perante a lei (p. 49). Disso infere-se que a lei deve ter sempre o caráter de generalidade, de modo que não privilegie determinada classe ou categoria. Em segundo lugar, sob o aspecto econômico, a lei deve pautar-se para que haja um equilíbrio entre as desigualdades das riquezas dos indivíduos, de forma que não existam pessoas demasiadamente opulentas ou pobres (p. 67). Essa necessidade se agrava na democracia, na qual especificamente deve haver substancial igualdade entre as classes e fortunas, sob pena, segundo Rousseau, de corromper-se pela indolência, vaidade e cobiça (p. 82).

Para Rousseau (p. 57), a justiça consiste em que cada um faça a sua parte em prol do todo e que este todo, representado pela vontade geral, e em último plano pelo Estado – depositário daquela —, atue sob a égide do respeito à igualdade e à liberdade dos cidadãos e sempre, de maneira uniforme, de acordo com o interesse e o bem-estar coletivo.

7 A JUSTIÇA EM RAWLS

Rawls (1997, p. 7) estabelece uma teoria da justiça social que tem como objeto primário a estrutura básica da Sociedade.

A estrutura básica da Sociedade é aquela que reúne as principais instituições sociais — aí se incluem, dentre outras, a constituição e os regimes jurídico e econômico — e a maneira pela qual se articulam num único sistema. Esse arranjo da estrutura básica, por sua vez, deve proporcionar

um sistema auto-suficiente de cooperação social, hábil para a concretização dos fins essenciais da vida humana (RAWLS, 2000a, p. 157).

Para atingir esse desiderato, Rawls concentra e acentua importância no papel das instituições, as quais têm a incumbência de garantir condições justas para o contexto social. Isso porque se, através delas, a estrutura não for apropriadamente regulada e ajustada, por mais equitativas e justas que possam parecer as relações particulares, consideradas isoladamente, o processo social não conseguirá efetivamente se manter justo (RAWLS, 2000a, p. 13-14). Assim é que a justiça, para Rawls, deve ser a primeira virtude das instituições sociais (1997, p. 3). A existência destas, em resumo, é condicionada à realização e manutenção da justiça.

Em outro sentido, tendo como premissa a liberdade e a igualdade dos cidadãos, Rawls (2000a, p. 18) assinala que o quadro institucional tem ligação direta não só com a formação das aspirações, esperanças das pessoas, mas também com a concretização daquelas e com o desenvolvimento e aproveitamento das capacidades e talentos individuais. Isso se deve, segundo Rawls (2000a, p. 18), ao fato de que as perspectivas individuais dependem em parte da idéia que as pessoas têm de si. Além disso, essa idéia apresenta ligação com a posição social e com os meios e as oportunidades com os quais cada um pode racionalmente contar. Para Rawls (2000a, p. 138), pessoas são seres humanos capazes de se tornarem membros da cooperação social e de respeitarem seus compromissos e suas relações durante toda a vida. Cidadão, para o filósofo, é o membro da Sociedade plenamente ativo durante toda a sua existência (2000a, p. 215).

Rawls não descarta as desigualdades econômicas e sociais dos cidadãos, seja em razão dos dons naturais de cada um, seja em função da origem social, contingências etc. (2000a, p. 19). Pretendendo conciliar essas desigualdades de perspectivas de vida dos cidadãos, Rawls denomina a sua teoria de “justiça como equidade”. Parte ela da premissa de que as

instituições sociais da estrutura básica podem ser qualificadas de justas desde que satisfaçam aos princípios que pessoas morais, livres e iguais, eqüitativamente situadas, adotariam com o objetivo de reger essa estrutura (2000a, p. 20).

Sublinha Rawls a necessidade de formulação de princípios e do desenho dos contornos de uma concepção de justiça. Essa concepção de justiça deve prestar para a orientação geral da ação política e para servir de base racional para um contínuo ajuste de um processo social de manutenção daquela no âmbito social (2000a, p. 37). Diante disso, lança os seguintes princípios da sua teoria da justiça social:

- a) toda pessoa tem um direito igual a um sistema plenamente adequado de liberdades fundamentais iguais que seja compatível com um sistema similar de liberdade para todos;
- b) as desigualdades sociais e econômicas devem satisfazer duas condições. A primeira é que devem estar vinculadas a cargos e posições abertos a todos em condições de igualdade eqüitativa de oportunidades; e a segunda é que devem redundar no maior benefício possível para os membros menos privilegiados da sociedade (RAWLS, 2000b, p. 345).

Tais princípios determinam uma forma ideal de estrutura básica através da qual os procedimentos processuais e institucionais correntes são ajustados e limitados. A acumulação de riquezas, dentre outras coisas, para Rawls (2000a, p. 36), deve ser restringida pelas exigências do justo valor da liberdade política, da justa igualdade das oportunidades e da estabilidade da Sociedade.

Os dois princípios definem que nenhuma pessoa deveria ter menos do que houvesse recebido por uma divisão dos bens primários em partes iguais. Da mesma forma, estabelecem que na colheita dos frutos e dividendos da produtividade da cooperação social as desigualdades existentes também devam reverter em vantagens para aquelas pessoas cuja situação tiver melhorado menos, tomando-se a divisão em partes iguais como ponto

de referência (RAWLS, 2000a, p. 36). Ou seja, conforme preconizam os dois referidos princípios, as desigualdades organizacionais e econômicas só deveriam ser autorizadas se comprometidas com a melhoria da situação de cada um, inclusive a dos mais desfavorecidos, e desde que compatíveis com uma liberdade igual para todos e com uma igualdade no que se refere às oportunidades (2000a, p. 33).

Segundo Rawls, as instituições sociais da estrutura básica devem organizar a cooperação social de modo a favorecer os esforços construtivos, ou seja, aqueles voltados para a melhoria das condições de vida de todos os membros da Sociedade de uma forma geral (2000a, p. 35).

Alhures, Rawls identifica em sua teoria uma série de “concepções-modelos” com o fito de captar as suas idéias fundamentais relacionadas à liberdade, à igualdade, à cooperação social e à pessoa.

A primeira dessas concepções é a de *Sociedade bem ordenada*. Essa equivale, para Rawls (2000a, p. 80), a uma associação auto-suficiente de pessoas que se perpetua controlando um território determinado. Possui os seguintes traços: (a) é regida por uma concepção pública de justiça (até mesmo no que se refere à organização das suas instituições principais em um único sistema social), por todos reconhecida; (b) os seus membros são pessoas morais, livres e iguais, e todos reciprocamente assim se consideram em suas relações políticas e sociais. Pessoas morais são aquelas capazes de racionalmente identificar em si e nos outros um senso de justiça e definir a própria concepção do seu bem. Pessoas livres são as que podem intervir na elaboração de suas instituições comuns em razão de seus próprios objetivos fundamentais e de seus interesses superiores. Pessoas iguais são aquelas que respeitam reciprocamente o direito igual de cada um de determinar e de avaliar princípios primeiros de justiça que devem reger a estrutura básica da Sociedade (2000a, p. 55).

Os membros de uma *Sociedade bem ordenada*, dado o contexto da justiça, não permanecem indiferentes ao modo pelo qual os frutos da sua cooperação social serão partilhados. Ao contrário, sob pena de afetar até a própria estabilidade social, têm nítida percepção de que a distribuição presente e a que se espera no futuro são suficientemente justas. A estabilidade social decorre do equilíbrio de forças sociais cujo resultado é aceito por todos, porque nenhuma pessoa poderia obter melhor resultado por si mesma. Além desse fator, agrega-se o fato de que os cidadãos defendem as suas instituições sociais pela convicção de que estão em conformidade com a sua concepção pública efetiva da justiça (RAWLS, 2000a, p. 81). Outra concepção-modelo a ser destacada na teoria da justiça é a da *posição original*, a qual, segundo Rawls, tem um papel mediador. Isso porque se presta a vincular a pessoa moral aos princípios de justiça que caracterizam suas relações entre cidadãos na *Sociedade bem ordenada*. A *posição original* retrata um modelo através do qual os cidadãos de uma *Sociedade bem ordenada* selecionariam idealmente os princípios primeiros de justiça que se aplicariam à sua Sociedade (2000a, p.53).

A avaliação das concepções de justiça e a constituição da *posição original*, por consenso, passa pelo exame e deliberação de certos bens primários. *Bem*, para Rawls (2000a, p. 94), significa um conjunto de fins últimos resultantes das relações, uns com os outros e com o mundo. *Primário* é um qualificativo que engloba tanto as propriedades públicas das instituições sociais, como as posições que as pessoas ocupam em relação a elas no tocante aos direitos, liberdades e oportunidades que lhes são oferecidos, bem como a renda e a riqueza tomadas em um sentido amplo (2000a, p. 125). Os *bens primários* são para Rawls: (a) as liberdades básicas, como a de pensamento e de consciência; (b) a liberdade de movimento e a livre escolha de sua ocupação; (c) os poderes e as prerrogativas das funções e dos postos de responsabilidade; (d) a renda e a riqueza; (e) as bases sociais do respeito.

As liberdades básicas são as instituições necessárias ao desenvolvimento e ao exercício simultâneo de um senso de justiça e da capacidade de escolher, de revisar e de efetivar racionalmente uma certa concepção do bem. A liberdade de movimento e a livre escolha de sua ocupação, em um contexto de várias e distintas oportunidades, são aquelas instituições necessárias à realização de fins últimos e à eficácia da decisão das pessoas de revisá-las e modificá-las se o desejarem. Os poderes e as prerrogativas das funções e dos postos de responsabilidade são aqueles necessários ao desenvolvimento das diversas capacidades autônomas e sociais do ser humano. A renda e a riqueza, em um sentido amplo, são os meios que propiciam a concretização, direta ou indiretamente, de quase todos os fins individuais e sociais, sejam eles quais forem. As bases sociais do respeito humano são compostas dos aspectos das instituições básicas que, em geral, são essenciais para as pessoas a fim de que estas adquiram uma consciência verdadeira do próprio valor e possam tanto concretizar os seus interesses de ordem mais elevada, como fazer progredir os seus próprios fins com entusiasmo e autoconfiança (RAWLS, 2000a, p. 63).

Rawls (2000a, p. 66) identifica dois elementos necessários à cooperação social. O primeiro, denominado elemento *razoável*, refere-se aos termos eqüitativos da cooperação e implica que cada participante deve beneficiar-se ou compartilhar dos encargos de um modo satisfatório, através de um critério adequado de comparação. O segundo elemento, dito *racional*, diz respeito à necessidade que as pessoas têm de efetivar e exercer as suas faculdades morais e garantir o avanço da concepção particular de *bem*.

O elemento *razoável* pressupõe e condiciona o elemento *racional*. Pressupõe, porque é o elemento *razoável* que confere sentido tanto às concepções de *bem*, que mobilizam os membros do grupo para a cooperação social, como às noções de justo e de justiça. Condiciona, porque é o elemento *razoável*, através dos seus princípios, que restringe os fins últimos que podem ser visados. Na *posição original*, o *razoável* corresponde ao conjunto

dos cerceamentos aos quais estão submetidas as deliberações dos parceiros, estes considerados agentes racionais de um processo de construção de uma *Sociedade bem ordenada* (RAWLS, 2000a, p. 69).

Consoante Rawls, os cidadãos podem ser considerados livres de duas maneiras:

(a) ao serem considerados fontes autônomas de reivindicações fundamentadas. “As pessoas são fontes autônomas de reivindicações no sentido de que estas têm um valor próprio, que não deriva de deveres ou de obrigações anteriores em relação à Sociedade ou a outras pessoas, nem é determinado por seu papel social específico” (2000a, p. 43). Isso porque os cidadãos têm consciência de que podem intervir na elaboração das instituições sociais em face dos seus interesses superiores e fins últimos, com a condição de que esses não contrariem os princípios públicos de justiça (2000a, p. 92).

(b) ao serem considerados independentes, como distintos de um sistema particular de fins (2000a, p. 92-94). As pessoas não se consideram vinculadas indefinidamente à concepção particular do bem e dos fins últimos que tenham escolhido num dado momento. Ao revés, têm noção de que são capazes de revisar e modificar essa concepção sobre bases razoáveis e racionais (2000a, p. 94).

Rawls (2000a, p. 95) faz referência, ainda, a um terceiro aspecto da liberdade, que é a responsabilidade para com os fins. Essa responsabilidade é resultado de um ajuste dos objetivos e ambições pessoais com base naquelas expectativas *razoáveis* e na justa atuação das instituições sociais, e na disponibilidade de um índice equitativo de *bens primários*, tal como exigem os princípios de justiça anteriormente mencionados.

Rawls (2000a, p. 150-151) acrescenta que a instituição das liberdades básicas exige um planejamento e uma organização social. As liberdades básicas se constituem em um conjunto de regras que tutelam determinadas

condutas e impedem que sofram interferência de outrem, muito embora, de fato, muitas pessoas não possam delas usufruir, em face de obstáculos materiais. Nesse caso é afetada não determinada liberdade básica em si mas o seu valor, que diz respeito à sua utilização. Por outro lado, essa utilidade é balizada por um índice de *bens primários*, conforme mencionado. Por isso a estrutura básica da Sociedade, com vistas à justiça social, deve organizar-se de tal maneira que seja possível maximizar os bens primários à disposição dos menos favorecidos a fim de que eles utilizem as liberdades básicas que estão à disposição de todos (RAWLS, 2000a, p. 176-177).

Todavia, para rechaçar a idéia de que as liberdades básicas são meramente formais, é que se atribui unicamente às liberdades políticas o seu “justo valor”. Assim, cada cidadão, independente da sua situação social ou econômica, deve ter assegurada, de forma aproximadamente igual, a liberdade de tanto ocupar uma função pública como de influenciar no resultado das decisões políticas. Isso possibilita tornar as pessoas — consideradas por Rawls (2000a, p. 179) como parceiros políticos — independentes em relação às grandes concentrações do poder econômico e do poder social. Com isso, evita-se que os grandes detentores de riquezas e de responsabilidades públicas tenham possibilidade de controlar, por exemplo, a elaboração da legislação em benefício próprio. Tal, se permitido, vulneraria os princípios de justiça, tanto ao obstaculizar a concretização da justa igualdade de oportunidades como ao minar o asseguramento das liberdades básicas.

De acordo com Rawls, a garantia do “justo valor” das liberdades políticas, entretentes, comporta algumas características. A primeira é que ela garante a cada cidadão um acesso equitativo e bastante homogêneo à utilização dos serviços públicos, conforme estabelecido pelas regras e procedimentos constitucionais que dizem respeito ao processo político e ao controle do acesso às situações de autoridade política. A idéia é que isso seja o suficiente para garantir uma legislação justa e eficaz (RAWLS, 2000a, p. 189-180). A segunda característica é a disposição de um espaço

limitado para a mencionada garantia. Isso tem o propósito de evitar que aqueles que possuem meios relativamente importantes possam resolver as coisas entre si, excluindo aqueles que possuem menos (p.180).

A importância do “justo valor” das liberdades políticas — ou seja, o seu exercício de forma plena e equitativa — apresenta-se para Rawls (2000a, p. 193) como o condicionante de um procedimento político justo. Uma vez previsto constitucionalmente, reúne restrições que, ao mesmo tempo, preservam as liberdades básicas e asseguram a sua prioridade. Nesse sentido, Rawls (2000a, p. 214) enfoca a cooperação social sob uma perspectiva estritamente política, destacando três elementos: (a) a cooperação social baseia-se em regras e procedimentos reconhecidos por todos; (b) os termos dessa cooperação são reconhecidos, recíproca e mutuamente, como equitativos; (c) a cooperação social pressupõe a idéia de vantagem racional a todos os participantes.

Para Rawls, a concepção de justiça caracteriza-se não só pela sua aplicação à estrutura básica da Sociedade, mas também por refutar a aplicação de doutrinas gerais e abrangentes. Constituem estas aquelas doutrinas de ordem religiosa e filosófica que se aplicam a uma acentuada variedade de temas e que impõem como verdade certas concepções que tanto orientam os valores humanos como determinam o seu pensamento e o seu comportamento de uma maneira geral (RAWLS, 2000a, p. 255).

O comprometimento com qualquer modalidade dessas doutrinas refugiria ao campo político, pois impediria, segundo Rawls (2000a, p. 250), o pluralismo e o consenso almejados em uma democracia.

O consenso admissível seria aquele por justaposição, ou seja, aquele que é capaz de conviver com uma pluralidade de doutrinas e convergir para uma concepção política da justiça, permitindo a perpetuação do equilíbrio da unidade social (RAWLS, 2000a, p. 253).

8 A JUSTIÇA NA DOCTRINA SOCIAL DA IGREJA

Não se ignora neste trabalho que a Igreja Católica tenha adotado ao longo de sua história algumas posturas equivocadas no que diz respeito aos direitos da pessoa humana². Todavia, o estudo da doutrina social da Igreja Católica deve-se à sua importância na fixação e difusão do conteúdo da justiça social (FERREIRA FILHO, 2001, p. 353).

Na encíclica *Rerum Novarum*, editada pelo Papa Leão XIII, em 1891, admitia-se que por força da natureza os homens são marcados por profundas e múltiplas diferenças, que vão desde a inteligência e do talento até a saúde e a força. Dessas diferenças naturais é que decorrem espontaneamente as desigualdades das condições pessoais. Todavia, uma vez que o convívio social exige um organismo variado e uma diversidade de funções, tais desigualdades acabam por fazer os homens se aproximarem para partilhar dessas mencionadas funções. Portanto, essas diferenças pessoais acabam por reverter-se em favor do todo coletivo. Por isso, segundo a encíclica *Rerum Novarum*, não é possível a elevação de todos ao mesmo nível na Sociedade (SANCTIS, 1993, p. 21). Disso resulta que as classes rica e pobre, ao contrário de se degladiarem, necessitam uma da outra, pois não pode haver capital sem trabalho, e vice-versa. Daí, tal qual ordena a natureza, o destino de ambas as classes é a concórdia, a união harmônica e a conservação mútua em perfeito equilíbrio. Conseqüência disso é que cumpre ao pobre e ao operário desincumbirem-se fielmente do seu trabalho, respeitar o seu patrão e nunca usar de violência, nem mesmo em suas reivindicações (p. 22). Os ricos e os patrões, por sua vez, devem dispensar aos operários um tratamento digno. Não devem tratá-los como meros instrumentos do lucro. Não devem impor aos seus subordinados serviços superiores às suas

2 Exemplo disso é que a Igreja Católica através do Papa Pio VI qualificava como monstruoso o direito à liberdade de pensamento e à liberdade de imprensa (BOBBIO, 1992, p. 129).

forças ou em desconformidade com a idade ou o sexo. Os operários devem perceber uma remuneração condizente (p. 23 e 36).

Segundo a encíclica *Rerum Novarum*, da organização da Sociedade deve brotar a prosperidade pública e a particular através de uma forma espontânea e sem esforço. Assim, de acordo com essa ordem geral, quanto mais as vantagens se multiplicarem em decorrência da ação do Estado de servir ao interesse comum, menos será necessário remediar a condição dos trabalhadores. É dever dos governantes cuidar de todas as classes dos cidadãos, inclusive a dos operários, salvaguardando os seus interesses, sob pena de violar especificamente a justiça que determina que deve ser dado a cada um o que lhe é devido. Em outros termos, de todos os bens que os trabalhadores proporcionam à sociedade, a eles deve ser assegurada uma parte razoável, de maneira que possam viver à custa de menos privações. Tudo isso compõe as leis da chamada justiça distributiva (SANCTIS, 1993, p. 30-32).

A encíclica *Rerum Novarum* reconhece a existência da propriedade privada e a necessidade de o Estado protegê-la (p. 34). Porém, as leis devem favorecer que todos os integrantes da Sociedade, através do estímulo à sua industriosa atividade, tenham a perspectiva de também se tornarem proprietários do solo. Tal medida tem como escopo aproximar a distância entre ricos e pobres, entre a opulência e a miséria. Para que isso se torne realidade de acordo com os ditames do bem comum, é necessário que a autoridade pública não sobrecarregue os bens particulares com a cobrança de impostos (p. 39).

Quarenta anos depois, em 15 de maio de 1931, publicou-se a encíclica *Quadragesimo Anno*, de Pio XI, que reafirmou os termos da *Rerum Novarum* e testemunhou os seus benefícios. Na nova encíclica, torna-se expresso o princípio diretivo da justa distribuição, segundo o qual as riquezas advindas com o progresso da economia devem ser repartidas pelos

indivíduos ou pelas classes particulares de forma a nunca se descuidar da utilidade comum. Ou seja, nunca deve resultar prejudicado o bem geral de toda a Sociedade. Uma classe não deve ser excluída por outra da participação dos lucros. Ao contrário da encíclica *Rerum Novarum*, a *Quadragesimo Anno* não se refere a esse princípio como atinente à justiça distributiva, e sim à *justiça social* (SANCTIS, 1993, p. 70-71).

A *justiça social*, por sua vez, implica a apropriada distribuição da renda, isto é, a riqueza não deve concentrar-se na mão de poucos enquanto a maioria da população permanece na indigência. Além disso, já que o homem nasce para trabalhar, deve ser possível que os operários, com o fruto do seu trabalho, consigam formar um patrimônio que lhes garanta viver com tranqüilidade e dignidade (p. 72).

Segundo a encíclica *Quadragesimo Anno* a atividade humana só pode ser avaliada como justa e remunerada eqüitativamente no momento em que a ordem social e jurídica seja organizada de modo a propiciar que capital e trabalho se associem e colaborem entre si (SANCTIS, 1993, p. 74). A encíclica *Quadragesimo Anno*, assim, acentua o caráter individual e social do trabalho. Seguindo essa linha, fixa a tríplice relação do salário sob a égide da *justiça social*: (a) o sustento do operário e da sua família: o salário deve ser suficiente para sustentar o trabalhador e sua prole; (b) a situação da empresa: a fixação do salário deve ser tal que não inviabilize a atividade da empresa, levando-a à ruína, e consigo os próprios trabalhadores; (c) as exigências do bem comum: na determinação do salário, deve-se levar em conta o bem da economia pública, proporcionando o maior número possível de empregos (p. 75-76).

Na encíclica *Quadragesimo Anno*, é defendida a intervenção do Estado de modo a ajustar a livre concorrência à função social do capital, da propriedade e do trabalho, e ao bem comum, de modo que todas as

classes possam partilhar das vantagens obtidas através do desenvolvimento econômico (p. 86, 96-97).

Em 15 de março de 1937, é editada por Pio XI a encíclica *Divini Redemptoris*. Essa encíclica deixa expresso que a Sociedade existe para o homem e vice-versa. Existe não para fomentar o individualismo, e sim para propiciar a felicidade de todos através da união e da cooperação social. A Sociedade deve fazer florescer e prosperar todas as aptidões individuais e coletivas dadas pela natureza (SANCTIS, 1993, p. 118). Em capítulo intitulado “Justiça Social”, dispõe que tanto operários como patrões possuem deveres em relação ao bem comum. Todos devem, com harmonia, exercer as suas atividades econômicas correspondentes e agir visando a que cada membro da Sociedade receba a sua parte no partilhamento da comunhão social, de maneira a ter assegurada a dignidade de sua pessoa e da sua família (p. 129).

Pio XII, em radiomensagem no cinquentenário da *Rerum Novarum*, ratifica que a economia nacional deve assegurar aos cidadãos as condições materiais necessárias ao desenvolvimento pleno de sua vida, já que essa economia não passa de fruto da união do trabalho na comunidade do Estado. Já no capítulo intitulado “Justa distribuição dos bens” esclarece que a riqueza econômica de um povo não consiste na simples abundância de bens. Reside ela no fato de que essa riqueza se apresente de forma eficaz como base material a todos os seus membros de maneira bastante ao desenvolvimento pessoal de cada um (SANCTIS, 1993, p. 151).

Em 15 de maio de 1961, na encíclica *Mater et Magistra*, de João XXIII, é reiterada a prioridade da iniciativa privada no campo econômico. Todavia, deve ela, segundo a encíclica, condicionar-se à intervenção subsidiária do Estado. Essa intervenção estatal é necessária para que a iniciativa privada sempre favoreça o progresso da vida social, em benefício de todos os cidadãos (SANCTIS, 1993, p. 238). Esse progresso deve maximizar a

oferta das suas vantagens e obrigar ou atenuar os inconvenientes das suas desvantagens (p. 242). O desequilíbrio econômico entre as classes deve ser combatido, tanto para que não se agrave como para que seja reduzido, conforme imperativo da justiça social (p. 244).

Na encíclica *Pacem in terris*, de João XXIII, publicada em 11 de abril de 1963, proclama-se que a todos é assegurada a existência digna (BOMBO, 1993, p. 19), a liberdade de iniciativa e o direito ao trabalho (p. 21), de modo que todos, segundo os ditames da justiça social, contribuam para o bem comum, ajustando os próprios interesses às necessidades dos outros (p. 31). A propósito, em nome do bem comum, os poderes públicos devem não só harmonizar e proteger os direitos inerentes à pessoa humana mas também promovê-los (p. 35).

Na constituição pastoral *Gaudium et spes*, promulgada pelo Concílio Vaticano II, em 7 de dezembro de 1965, é sublinhado que o progresso da pessoa humana e o da Sociedade situam-se em uma posição de mútua dependência. Em razão disso, o progresso da pessoa humana deve ser o princípio, sujeito e fim de todas as instituições sociais (SANCTIS, 1993, p. 318). Devem essas instituições se organizar de forma tal a fornecer a base material para que cada ser humano cultive e realize a sua vocação integral, explorando e aproveitando todas as suas potencialidades e aptidões (p. 326). O mesmo diz-se em relação à vida econômico-social. Nesse campo, também a vocação integral do ser humano deve ser respeitada com vistas ao bem pessoal e de toda a Sociedade. Segundo a *Gaudium et spes*, o ser humano é não só o protagonista mas também o centro e o fim de toda a atividade econômico-social (p. 358).

A *Gaudium et spes* deixa também expressa a necessidade de que seja instaurada uma ordem político-jurídica que assegure plenamente a participação das pessoas na vida pública. Devem-se garantir, assim, os direitos de livre associação e de reunião, e também o direito de expressão de opinião e

de fé religiosa. Tais direitos, segundo a *Gaudium et spes*, constituem-se em premissas necessárias para que os cidadãos, individualmente ou em grupo, possam ativamente participar na vida pública e na gestão da coisa pública (SANCTIS, 1993, p. 369).

Na encíclica *Populorum Progressio*, de Paulo VI, publicada em 26 de março de 1967, consta que a *justiça social* deve nortear os contratos comerciais entre os povos. Isso implica a necessidade de medidas que propiciem que a livre concorrência seja estabelecida de acordo com uma equalização de possibilidades, conforme as realidades e dificuldades de cada país (SANCTIS, 1993, p. 418).

Na encíclica *Octogesima Adveniens*, de Paulo VI, publicada em 14 de maio de 1971, no capítulo intitulado “Para maior justiça”, consta que a justiça no plano mundial exige uma repartição dos bens não só no plano interno mas também no plano internacional, de maneira que cada país possa desenvolver-se dentro de um sistema de cooperação sem pretensões de domínio econômico e político. No tocante à participação política, de acordo com a encíclica *Octogesima Adveniens*, deve ser intensificada e instituída de maneira a proporcionar ao ser humano não só a possibilidade de informar-se e de exprimir-se mas também a de levá-lo à condição de responsável comum no que se refere às decisões políticas (SANCTIS, 1993, p. 458 e 462).

Na Declaração Pastoral, aprovada pela 15ª Assembléia-Geral do Conselho Nacional dos Bispos do Brasil, realizada em Itaici, em fevereiro de 1977, denominada “Exigências cristãs de uma ordem política”, colhe-se que a participação política é um direito e ao mesmo tempo um dever de todos os integrantes da Sociedade. Isso porque a participação de cada um desempenha um papel crítico e construtivo acerca das alternativas do destino nacional. É ela a responsável por transformar o povo, de mero espectador, em ator dentro da ordem política. Por isso, o Estado deve

estimular a participação política do povo e eliminar quaisquer restrições ao seu exercício. Só um povo concitado a participar efetivamente do processo do seu desenvolvimento aceita enfrentar com dignidade os sacrifícios eventualmente exigidos (BOMBO, 1993, p. 87-88).

Na Declaração Pastoral, aprovada pela 24^a Assembléia-Geral do Conselho Nacional dos Bispos do Brasil, realizada em Itaiçi, em abril de 1986, denominada “Por uma nova ordem constitucional”, estão consignadas várias contribuições à Assembléia Constituinte que elaborou a vigente Carta Magna. Tais contribuições baseadas na Doutrina Social da Igreja Católica colimavam uma Sociedade mais justa, mais próxima do plano divino (BOMBO, 1993, p. 334). Dentre essas, acentua-se a de que todos deveriam ter participação dos benefícios sociais indispensáveis a uma vida digna e de que oportunidades deveriam ser asseguradas aos marginalizados economicamente (p. 341-342). Ademais, pode-se realçar, ainda (p. 345): a economia deve submeter-se à construção de uma sociedade justa e fraterna; a ordem econômica deve ser planejada de forma a conter mecanismos participativos e deve atribuir prioridade ao atendimento das necessidades básicas do povo; o trabalho deve ter primazia sobre o capital, e isso deve nortear a organização da atividade produtiva e também a distribuição dos frutos do trabalho; o trabalho deve ser dividido de forma a fomentar a ascensão econômica, política, social e cultural dos trabalhadores (p. 345); a desproporção na participação nos frutos do trabalho deve ser combatida com a criação de mecanismos próprios; todos devem ter o direito e o dever de contribuir com o seu trabalho para o bem comum; o salário deve propiciar que o trabalhador e sua família possam prover dignamente às suas necessidades; deve haver medidas que assegurem a função social da empresa (p. 348); o ônus tributário deve recair mais no capital do que no trabalho (p. 348); deve haver uma reforma agrária e do uso do solo urbano, de forma a favorecer que todos tenham onde morar (p. 349).

No tocante à ordem política, consta do mencionado documento: a ordem política deve prever como critérios básicos a participação de cada cidadão como co-responsável no empenho pela melhoria das condições pessoais e coletivas de vida, de modo que cada qual se torne sujeito do desenvolvimento nacional, principalmente para minorar a situação dos marginalizados da cidadania plena; deverá ser garantido a todos o direito de participar da elaboração das decisões pertinentes a toda a Sociedade, seja diretamente ou através de representantes; para assegurar a participação política efetiva é necessário o direito à informação honesta, liberdade de expressão, liberdade de associação e de reunião, o direito de votar de todas as pessoas capazes, inclusive índios e analfabetos, e a obrigatoriedade de submissão de certas decisões relevantes a plebiscito; a Sociedade deve ter a sua disposição mecanismos para controlar a atuação do Estado e dos administradores públicos (BOMBO, 1993, p. 342 e 344).

No documento aprovado pela 17ª Assembléia-Geral do Conselho Nacional dos Bispos do Brasil, em 14 de abril de 1989, intitulado “Exigências éticas da ordem democrática”, está expresso que o objetivo da ordem social é a justiça social, a qual é captada pelo bem-estar de todos, de acordo com a primazia da pessoa sobre as instituições, e do trabalho sobre o capital. Além disso, fixa-se o regime democrático como o adequado a atingir aquele desiderato, uma vez que possibilita a diminuição das desigualdades sociais na medida em que confere a oportunidade de todos participarem na organização da Sociedade (BOMBO, 1993, p. 547).

9 CONCLUSÃO: UM CONCEITO PROPOSTO DE JUSTIÇA SOCIAL

Ao se aproximar do término deste artigo, é possível propor um conceito geral, provisório, de justiça social. Para tanto, pretende-se formulá-lo com base na reunião de vários de seus aspectos contidos no pensamento de Platão, Aristóteles, Santo Agostinho, Santo Tomás de Aquino, Rousseau, Rawls e na Doutrina Social da Igreja Católica.

De acordo com as obras estudadas, observa-se que a justiça, no contexto da Sociedade, está identificada, em um sentido amplo, com o convívio harmônico e feliz dos seus integrantes³. Para que esses resultados possam verificar-se, contudo, é necessária a cooperação social nesse sentido⁴.

Para que essa cooperação social, por sua vez, seja possível e proveitosa, destaca-se como necessário: (a) que a todos os integrantes da Sociedade sejam assegurados os meios e recursos necessários a uma existência digna⁵; (b) máximo aproveitamento dos talentos e potencialidades de cada integrante da Sociedade⁶; (c) que a todos os integrantes da Sociedade seja reservada a mesma e efetiva possibilidade de participação política⁷; (d) a existência de mecanismos para corrigir as desigualdades sociais⁸.

O primeiro item diz respeito à necessidade de proteção do valor dignidade em relação a todos os membros da Sociedade. Significa que todos devem ter acesso a um rol de direitos básicos, inerentes à condição humana⁹. Entre eles, incluem-se o direito à habitação, ao vestuário, à educação, à remuneração, à segurança, à saúde, etc.¹⁰

3 Neste sentido: Platão ([20 — ?], p. 47, 146, 185 e 256); Aristóteles (2002, p. 22, 49, 52, 55, 137 e 150); Agostinho (2001b, p. 402-408); Aquino (1997, p. 130-166); Rousseau (1993, p. 38, 59 e 97); Rawls (1997, p. 5); Sanctis (1993, p. 30 e 118); Bombo (1993, p. 35).

4 Neste sentido: Platão ([20 — ?], p. 110 e 137); Aristóteles (2002, p. 55, 137 e 143); Agostinho (2001b, p. 408-410 e 412); Aquino (1980, p. 2.491 e 2.515; 1997, p. 129); Rousseau (1993, p. 37, 38, 57 e 59); Rawls (2000a, p. 14, 55, e 157); Sanctis (1993, p. 22 e 129); Bombo (1993, p. 131).

5 Neste sentido: Platão. ([20 — ?], p. 47-48 e 137); Aristóteles (2002, p. 49, 52, 148-149); Agostinho, (2001b, p. 408); Aquino (1980, p. 2.491 e 2.515; 1997, p. 167) Rousseau (1993, p. 35, 57 e 67; Rawls (2000a, p. 32-36; 2000b, p. 345); Sanctis (1993, p. 32, 72, 75, 76, 84 e 129); Bombo (1993, p. 341, 345 e 547).

6 Neste sentido: Platão ([20 — ?], p. 48, 101 e 110); Aristóteles (2002, p. 143); Aquino (1997, p. 167); Rousseau (1993, p. 41 e 53); Rawls (2000a, p. 18; 2000b, p. 345); Sanctis (1993, p. 21, 118 e p. 326).

7 Neste sentido: Aquino (1997, p. 167); Rousseau (1993, p. 43); Rawls (2000a, p. 179); Sanctis (1993, p. 21, 118, 369 e 462); Bombo (1993, p. 88-89, 342-344).

8 Neste sentido: Platão ([20 — ?], p. 97, 144, 145 e 256); Aristóteles (2002, p. 140, 143 e 144); Agostinho (2001a, p. 218; 2001b, p. 412); Aquino (1980, p. 2.491 e 2.515; 1997, p. 167); Rousseau (1993, p. 35, 37, 49, 57, 67 e 82); Rawls (2000a, p. 33 e 177; 2000b, p. 345); Sanctis (1993, p. 30-32, 39, 70-72, 129, 238, 242 e 244); Bombo (1993, p. 345, 348, 349 e 547).

9 Neste sentido: Bombo (1993, p. 19 e 335).

10 Neste sentido: Rawls (2000a, p. 179-180; 2000b, p. 345); Sanctis (1993, p. 32, 72 e 242); Bombo (1993, p. 336-341).

O segundo item refere-se à premissa de que cada um pode melhor contribuir para o bem-estar da Sociedade, na medida em que os seus talentos e potencialidades sejam ao máximo aproveitados. Isso implica a criação de oportunidades para tal¹¹. Ou seja, para que se possa viabilizar o aproveitamento dos talentos e potencialidades dos integrantes da Sociedade, as vantagens resultantes do desenvolvimento econômico e social devem ser canalizadas para a criação de um sistema de geração de iguais oportunidades para todos (RAWLS, 2000a, p. 18 e 33; BOMBO, 1993, p. 326). Essas oportunidades, por outro lado, devem servir também como mola propulsora para que cada pessoa, de acordo com as suas diferenças e o seu empenho, consigam progredir e incrementar a sua posição social (RAWLS, 2000a, p. 13, 14, 18 e 19, SANCTIS, 1993, p. 118-119).

Por trás da abertura de canais efetivos de participação política, conforme aludido no terceiro item, está a tutela do valor “liberdade”, que deve ser assegurado em favor de cada integrante da Sociedade¹². A possibilidade de fruição dessa liberdade deve ser igual para todos, sejam afortunados ou não. Caso contrário, as pessoas de maior riqueza e posição social poderiam controlar o desenvolvimento da legislação em benefício próprio, restringindo a liberdade e outros direitos dos demais¹³.

A liberdade deve ser tutelada de maneira tal que cada cidadão possa ser elevado à condição de co-responsável pelo desenvolvimento da comunidade política, com vistas à melhoria da condição de vida de todos¹⁴. Essa tutela do valor *liberdade* abrange, assim, a possibilidade de cada um, com igual peso: (a) influir nas decisões pertinentes a toda a Sociedade, tornando-se co-autor dos destinos da comunidade política¹⁵; (b) controlar a atuação do Estado e dos administradores públicos (BOMBO, 1993,

11 Neste sentido: Rawls (2000a, p. 33; 2000b, p. 345); Sanctis (1993, p. 76); Bombo (1993, p. 342 e 345).

12 Neste sentido: Rousseau (1993, p. 38); Rawls (2000a, p. 178-179); Sanctis (1993, p. 369 e 462).

13 Neste sentido: Rawls (2000a, p. 176 e 180; 2000b, p. 345).

14 Neste sentido: Bombo (1993, p. 88-89, 342-344).

15 Neste sentido: Aristóteles (2002, p. 150); Bombo (1993, p. 342); Rawls (2000a, p. 178).

p. 344; RAWLS, 2000a, p. 187-189); (c) exigir e reivindicar direitos (BOMBO, 1993, p. 335, 336 e 342; RAWLS, 2000a, p. 176). Para tanto, é pressuposto necessário o acesso à informação e a possibilidade de todos votarem, expressarem-se, associarem-se e reunirem-se.

O quarto item põe em relevo a necessidade de existirem mecanismos específicos a fim de promover o equilíbrio econômico, social e cultural entre os membros da Sociedade. Isso implica que os ganhos e as vantagens do desenvolvimento econômico e social também devam melhorar a condição daquelas pessoas menos afortunadas¹⁶.

De acordo com o estudo realizado neste capítulo, tem-se que para uma Sociedade ser qualificada como “justa” nela deve imperar a igualdade de todos os seus integrantes: igualdade de liberdade, de oportunidades e de dignidade. Além disso, entre os seus componentes deve haver um certo equilíbrio econômico, social e cultural. Essa noção proposta de justiça social admite as desigualdades e considera os méritos de cada um. Por essa razão é que não se insurge contra um partilhamento desigual das vantagens da vida em comunidade. Todavia, impõe limites. Isto é, esse partilhamento, independente das diferenças e dos méritos de cada um, deve respeitar a liberdade e a dignidade da pessoa humana, oferecendo-lhe um caminho de oportunidades. Com efeito, a justiça social tende para uma homogeneização da Sociedade, para uma situação de igualdade. Isto é, verte para uma situação em que todos estejam no mesmo plano de bem-estar, tanto no que se refere ao aspecto econômico como em relação aos demais frutos e vantagens, em sentido amplo, oriundos da cooperação social.

Conforme a noção de justiça social, a distância entre pobres e ricos tanto não deve ser pronunciada como deve gradativamente reduzir-se. Da mesma forma, as oportunidades cada vez mais devem ser ampliadas, tal qual as noções de dignidade e de liberdade. Disso decorre que a justiça

16 Neste sentido: Rawls (2000a, p. 33 e 177; 2000b, p. 345); Sanctis (1993, p. 39, 238-244).

social implica a existência de mecanismos institucionais específicos¹⁷ não só para garantir o padrão de liberdade, dignidade e oportunidade alcançado, mas também para promovê-lo — isto é, ampliá-lo —, harmonizá-lo com a meta de redução das desigualdades sociais¹⁸. Em outros termos, não bastam à noção de justiça social a proteção da liberdade, da dignidade e a geração de oportunidades. Implica ela em também conciliar tais funções de forma a propiciar o equilíbrio social, de maneira a ensejar a redução das desigualdades sociais.

Assim, para os efeitos deste trabalho, o conceito operacional proposto de justiça social é o resultante de uma Sociedade estruturada de forma a garantir e promover, contínua e simultaneamente: (a) a igualdade de todos os seus integrantes no que se refere à liberdade, dignidade e oportunidades; (b) a redução dos desequilíbrios sociais. Por desequilíbrios sociais quer-se referir às desigualdades econômicas, sociais e culturais existentes entre os membros de determinada Sociedade.

Para os objetivos deste artigo, podem ser alinhadas algumas diferenças entre justiça social – tal como proposta – e aspectos das noções de Justiça comutativa e Justiça distributiva¹⁹.

A Justiça comutativa ou corretiva, em sentido amplo, é aquela que, em resumo, equivale a *dar e receber* de volta (ARISTÓTELES, 2002, p. 140, 143-144; AQUINO, 1980, p. 2.515-2.516). Ou seja, a idéia de Justiça comutativa está ligada à correspondência entre o quinhão dado e o recebido (NADER, 1998, p. 131). A Justiça distributiva é aquela incumbida à *entidade governante – Estado –*, consistente em *dar a cada um o que lhe é devido*, de acordo com determinado critério de mérito (ARISTÓTELES, 2002, p. 141-143 e 150; AQUINO, 1980, p. 2.515-2.516). Na justiça social, nos termos propostos, tanto a *Sociedade* como o *Estado*

17 Neste sentido: Rawls (2000a, p. 33-37 e 157; 1997, p. 3-7 e 16; 2000b, p. 345); Sanctis (1993, p. 39, 238-244).

18 Neste sentido: Rawls (2000a, p. 13-17 e 37).

19 Noções também estudadas neste artigo.

devem *dar às pessoas econômica e socialmente carentes sem receber de volta*. Na justiça comutativa, ao contrário, há o compromisso da retribuição do que foi dado. Na modalidade distributiva, diferentemente do que ocorre na justiça social, a justiça é incumbência apenas do Estado, e não da Sociedade. Além disso, em sentido amplo, na Justiça distributiva, por via de regra, não há um critério predefinido e suficientemente preciso para aferir o mérito da distribuição. Na justiça social, tal como proposto, esse critério, ainda que genérico, é mais claro: a distribuição deve destinar-se às pessoas econômica e socialmente mais carentes, com o propósito de que a estas sejam asseguradas dignidade, liberdade e oportunidades e de que a organização social continuamente caminhe para a gradativa correção dos desequilíbrios sociais existentes. Ou seja, ao contrário da Justiça distributiva, na justiça social proposta há uma vinculação com a tutela de determinados valores e com o cumprimento de determinadas funções em prol do bem-estar coletivo.

Esclareça-se que o objeto de distribuição, a que se faz referência na Justiça distributiva e na justiça social diz respeito às riquezas e a todas as vantagens, de um modo geral, decorrentes do desenvolvimento de uma Sociedade. Com relação à justiça social, compreende-se que a sua realização é também operada pela Sociedade — e não apenas pelo Estado —, devido ao fato de que tal partilhamento das riquezas em benefício dos economicamente carentes resulta de critérios livre e conscientemente acordados por todos os membros da comunidade política (RAWLS, 2002a, p. 80-81, 176-180 e 214; 2000b, p. 345).

10 REFERÊNCIAS

- AGOSTINHO, Santo. *A cidade de Deus: contra os pagãos* — Parte I. Tradução de Oscar Paes Leme. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 2001a. 414 p.
- . *A cidade de Deus: contra os pagãos* — Parte II. Tradução de Oscar Paes Leme. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2001b. 589 p.
- AQUINO, Santo Tomás de. *Escritos políticos*. Tradução de Francisco Benjamin de Souza Neto. Petrópolis: Vozes, 1997. 172 p.
- . *Suma teológica: 2ª parte da 2ª parte*. Questões 1-79. 2. ed. Tradução de Alexandre Corrêa. Organização e Direção de Rovílio Costa e Luis Alberto De Boni. Porto Alegre: Escola Superior de Teologia São Lourenço de Brindes e Livraria Sulina, 1980. 2.638 p.
- ARISTÓTELES. *A política*. Tradução de Nestor Silveira Chaves. Rio de Janeiro: Ediouro, [20 — ?]. 265 p.
- . *Ética a Nicômano*. Tradução, estudo bibliográfico e notas de Edson Bini. Bauru: Edipro, 2002. 287 p.
- BARBOSA, Júlio César Tadeu. *O que é justiça*. São Paulo: Abril Cultural, 1984. 107 p. (Coleção Primeiros Passos).
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 10. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992. 217 p.
- BOMBO, Constantino (Org.). *Encíclicas e documentos sociais*. São Paulo: LTr, 1993. v. 1, 516 p.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 27. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2001. 369 p.

NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. 16. ed. ver. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 1998. 499 p.

PLATÃO. *Diálogos — A república*. Tradução de Leonel Vallandro. Rio de Janeiro: Ediouro, [20 — ?]. 181 p.

RAWLS, John. *Justiça e democracia*. Tradução de Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 2000a. 406 p.

———. *O liberalismo político*. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. 2. ed. São Paulo: Ática, 2000b. 430 p.

———. *Uma teoria da justiça*. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997. 708 p.

ROUSSEAU, Jean-Jaques. *O contrato social*. Tradução de Antônio P. Machado. Rio de Janeiro: Ediouro, 1993. 145 p.

SANCTIS, Antonio de (Org.). *Encíclicos e documentos sociais*. São Paulo: LTr, 1993. v. 2, 663 p.

NOTICIÁRIO

**DISCURSO DE SAUDAÇÃO AO DESEMBARGADOR
JORGE LUIZ DE BORBA PROFERIDO PELA
DESEMBARGADORA SALETE SILVA SOMMARIVA, EM
NOME DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

“Na missão do advogado também se desenvolve uma espécie de magistratura. As duas se entrelaçam, diversas nas funções, mas idênticas no objeto e na resultante: A Justiça” (Oração aos Moços, de Rui Barbosa). Diante da designação honrosa feita pelo ilustre Presidente desta Casa, Desembargador Francisco de Oliveira Filho, em face do afastamento, por relevante motivo de saúde, de nosso caro Desembargador Fernando Carioni, mais antigo membro oriundo do Quinto Constitucional da advocacia a ocupar uma das cátedras nesta Corte, para apresentar as boas-vindas ao novo Desembargador Jorge Luiz de Borba, é com muita honra, orgulho e emoção que o fazemos. É certo que raras são as oportunidades que se apresentam em nossas vidas de estarmos diante da mais alta Corte de Justiça de nosso Estado, com a missão de saudar um novo membro deste Colegiado. Por duas vezes fui contemplada com esse mister. A primeira aconteceu em vinte e um de junho de mil novecentos e noventa e cinco, quando assumimos a tribuna desta Casa para expressar cumprimentos, em nome da OAB de Santa Catarina, designada pelo então Presidente da Seccional, ao eminente Desembargador Orli de Ataíde Rodrigues, que naquela data marcava sua assunção a este Tribunal, e com quem temos a felicidade de hoje conviver e partilhar. E hoje novamente nos é dada essa honraria, para, desta vez, em nome dos ilustres pares que compõem este Sodalício, apresentar as homenagens ao que ascende a esta Corte. Temos, pois, consciência da responsabilidade que nos foi outorgada para falarmos em nome dos ilustres e brilhantes colegas que compõem o mais alto colegiado catarinense e que através de consecutivas ações cumprem sua parte na

construção de um Brasil melhor; ultrapassam muitas vezes os seus próprios limites, levando a justiça sob vários aspectos mais perto do cidadão, com o objetivo de que, num futuro próximo, todos passem a viver com mais dignidade e segurança. Saudar Vossa Excelência, Desembargador Jorge Luiz de Borba, no momento em que presta o compromisso regimental de servir leal e honradamente à Justiça e ao Direito neste Tribunal, não é tarefa fácil. Buscarei, no entanto, não em meu nome, ou em razão de nossa origem comum de advogados, mas em nome de um Tribunal, que acolhe Vossa Excelência como um de seus legítimos membros, na singeleza de minhas palavras dar o necessário alcance à magnitude do momento.

Aporta neste templo de Justiça, oriundo da classe dos advogados, profissão que exerceu com honra por vinte e oito anos, através de uma carreira brilhante e coroadada, na forma constitucional, pelo reconhecimento de seus pares do Conselho Seccional da OAB e dos demais poderes do Estado, o Doutor Jorge Luiz de Borba.

Por reconhecerem em Vossa pessoa os atributos de homem probo e honrado, é que a Ordem dos Advogados do Brasil e esta Corte sufragaram seu nome, juntamente com outros eminentes advogados, na certeza de que, com todos os atributos amalhados no decorrer de quase três décadas de exercício de uma advocacia séria e transparente, investir-se-á no verdadeiro sacerdócio da magistratura, com a mesma independência, dignidade e dedicação ao trabalho imanente ao advogado, associados à verdade fundamental e à imparcialidade que devem permear todos os atos da vida de um magistrado.

Ascende, pois, Vossa Excelência, a esta Corte por inegáveis méritos pessoais, repito, após brilhante carreira na advocacia, com reconhecimento pela lealdade e desprendimento com que sempre serviu ao órgão máximo representativo da nobre classe, como Presidente e Vice-Presidente da Subseção da OAB de Blumenau, e também como Conselheiro e membro de

importantes Comissões desta respeitável Instituição. Dotado de substancial currículo, o Doutor Jorge Luiz de Borba chega a esta augusta Corte sob aplausos de todos os seus colegas advogados e sob o olhar carinhoso de todos os familiares e amigos, recebendo os votos de boas-vindas de toda a magistratura catarinense.

Temos certeza, Desembargador, que, no exercício dessa nova função, cumprirá o compromisso assumido, nesta data, com Deus e com os homens, de honrar e dignificar a judicatura catarinense, pois sua formação acadêmica, sua honradez e seu notório saber jurídico assim o autorizam. A beca, hoje despida sem nenhuma mácula, será substituída pela toga, que da mesma forma será dignificada por seus atos e ações, assim como Vossa Excelência dignificou a atividade advocatícia. Não temos dúvida de que Vossa Excelência prestará, com seus novos pares, inestimáveis serviços à judicatura do nosso Estado, pois, conhecedor dos problemas que afligem a prestação jurisdicional, colaborará com suas lições para a aplicação da verdadeira justiça, com sólida origem na difícil, mas nobre, arte de advogar, e será sempre defensor intransigente do Estado Democrático de Direito, do respeito às leis e à cidadania, e com humanidade agirá em todos os momentos que trilhar pelos honrosos mas também árduos caminhos da magistratura. E não poderíamos aqui deixar de transcrever sábio pensamento de Charles Chaplin: "Mais do que máquinas, precisamos de humanidade. Mais do que inteligência, precisamos de afeição. Sem essas virtudes, a vida será de violência e tudo estará perdido".

Cumprimentamos, nesse momento, todos os advogados catarinenses pela feliz escolha, em nome do ilustre Presidente da Seccional, Doutor Paulo Roberto de Borba, irmão do empossado, a quem efusivamente expressamos nossas homenagens. Nosso apreço e carinho a todos os seus familiares. Ao genitor, Desembargador João de Borba, figura ímpar que nos impulsiona a admirar não só pela postura irretocável e pela combatividade que lhe é inerente, que ultrapassam as limitações que o tempo impõe, mas também

pela sua nobreza de caráter e pelo legado de honra que deixa a seus filhos e demais descendentes; à genitora, Norma de Borba, abraçamos com carinho, e sentimos o orgulho materno que assola sua alma e seu coração neste momento. Na pureza indescritível desse sentimento único que une mãe e filho, sabemos que neste instante singular as lembranças emergem, fazendo-a recordar da saudosa infância de seu sempre menino, e agora feliz e emocionada de vê-lo alçado a uma das mais importantes cátedras do Judiciário catarinense; à esposa, Ana Cristina, a certeza de que caminha lado a lado com este grande homem, propiciando-lhe atingir condições de sonhar e praticar justiça, bem como de realizar todos os seus sonhos e ideais. Aos filhos Maria Leonor, Maria Alice, Maria Júlia e Jorge Luiz, nosso carinho, e que, como estrelas que brilham a nortear os caminhos percorridos pelo querido pai, tenham-no sempre como exemplo edificante de vida. Congratulamos, também, com todos os leais amigos que vieram abraçá-lo.

Finalizando esse pronunciamento, agradecemos uma vez mais o Excelentíssimo Senhor Desembargador Presidente, que nos conferiu tão nobre missão, e a Deus, pelo momento de rara beleza, por podermos testemunhar, neste recinto, colegas, familiares e amigos congratulando-se sob as bênçãos do alto pela assunção do novo membro desta Corte. E com os pensamentos unidos a seus sonhos e ideais de justiça, Desembargador Jorge, trazemos verso do advogado, jornalista e escritor Arlan José de Oliveira, que, a exemplo de Vossa Excelência, foi advogado de ricos e menos favorecidos, foi nobre, dedicado, solidário, justo e palmilhou a existência nos princípios mais elevados de amor, dignidade e justiça, deixando aqui nossa derradeira mensagem: "Sou feliz porque tenho como sonhar, nem as águas dos rios, nem as águas da chuva, nem as águas em chamas, definitivamente molharão os meus sonhos".

DISCURSO DE POSSE DO DOUTOR JORGE LUIZ DE BORBA NO CARGO DE DESEMBARGADOR DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA

Inicialmente, agradeço sensibilizado as elogiosas palavras proferidas pela eminente Desembargadora Salete Silva Sommariva, na certeza de serem frutos muito mais de sua imensurável benevolência do que de meu merecimento. Sejam minhas primeiras palavras de agradecimento a Vossas Excelências pela votação que meu nome mereceu, por ocasião do escrutínio realizado para a composição do cargo de Desembargador pelo quinto constitucional da Ordem dos Advogados do Brasil. Desnecessário falar da honra e da responsabilidade de assumir a vaga do Desembargador Jorge Mussi, hoje Ministro do Superior Tribunal de Justiça, e dar continuidade ao brilhante trabalho por ele desenvolvido neste Tribunal.

Ciente dos desafios e da suprema importância de contribuir para a distribuição da Justiça, nenhum esforço ou sacrifício será demasiado para estar sempre à altura da missão que hoje me é outorgada. "Faz o que for justo, o resto virá por si só".

Início, assim, meu primeiro pronunciamento nesta ilustre Casa com o pensamento de Wolfgang Goethe, que reflete o meu mais íntimo sentimento neste dia, no qual vivencio a honra de passar a integrar esta Corte, após vinte e oito anos atuando como advogado, profissão que abracei com a mesma paixão que devotarei à magistratura.

Venho de um escritório de advocacia próximo de completar sessenta anos de atividades, iniciado por meu pai nos idos de mil novecentos e cinqüenta, em Blumenau, minha cidade natal, que objetiva, desde o seu surgimento, atender a todos que clamam por Justiça. Oriundo da advocacia, não posso deixar de fazer menção honrosa a esta laboriosa classe de homens e mulheres incansáveis, dedicados e dignos, que lutam pelo

bem-estar social, bem como a todos os dirigentes e conselheiros estaduais da Ordem dos Advogados do Brasil.

Ao iniciar mais esta grande jornada em minha vida, o maior desejo que trago no íntimo é contribuir de forma significativa para a missão de fazer justiça, apaziguar conflitos e promover a paz social, não apenas alguns dos muitos deveres de um Desembargador, mas o norte, o guia, o verdadeiro sentido do Judiciário. Sei, portanto, da enorme responsabilidade do cargo que ora assumo. Vivemos hoje a verdadeira evolução da figura do magistrado perante a sociedade, cujos olhos voltam-se para nós. Tal fato amplia ainda mais as nossas responsabilidades profissionais como servidores do Judiciário e cidadãos. Espero poder, com a minha experiência, concorrer para este desiderato e também demonstrar de forma inequívoca a efetiva necessidade e eficiência do instituto do quinto constitucional, que se reveste da mais alta importância para o engrandecimento da magistratura.

Além disso, não medirei esforços a fim de elevar sempre e ainda mais a já renomada reputação do nosso egrégio Tribunal de Justiça catarinense. Encontrarei dificuldades iniciais? Disso não tenho dúvidas, mas saberei ultrapassá-las com esforço e dedicação e, sobretudo, com o auxílio de Deus, que nunca me faltou.

Agradeço também a meus pais, João e Norma de Borba, pelo dom da vida e, ainda, por terem me ensinado a percorrer a trajetória da honradez e da retidão, convictos de que esse é o caminho para a felicidade. Um registro especial à minha esposa, Ana Cristina, cujo apoio e presença constantes foram fundamentais para a concretização de meu sonho. O fruto que hoje colho somente foi possível graças à sua presença, apoio e dedicação, seu caráter e sua enorme bondade. Aos meus filhos, Maria Leonor, Maria Alice, Maria Julia e Jorge Luiz, razões de tudo o que sou, minha total gratidão e amor por completarem minha existência. E ao Bernardo, que está para chegar, a certeza de que iluminará ainda mais minha vida.

A enorme responsabilidade do cargo que passarei a exercer avoluma-se sobremaneira com o voto de confiança de minha família estampado na faixa colocada na varanda de nossa casa, logo após a nomeação pelo Excelentíssimo Senhor Governador Luiz Henrique da Silveira. Lá estava escrito: "...a verdadeira justiça é exercida por homens como você". Não posso, pois, frustrar-lhes a expectativa.

Assim, de tudo, é fundamental deixar aqui registrado que nada seria possível se o caminho fosse percorrido sozinho, se eu não tivesse permanentemente ao meu lado os familiares, amigos, colegas de trabalho e colaboradores. Impossível nominá-los. Foram mãos e mentes que me ajudaram nesta conquista, e com as quais sei que sempre poderei contar.

Finalizo reproduzindo um provérbio zen-budista, que traduz meus sentimentos e propósitos com relação ao compromisso que ora assumo: 'O mestre na arte da vida faz pouca distinção entre o seu trabalho e o seu lazer, entre a sua mente e o seu corpo, entre a sua educação e a sua recreação, entre o seu amor e a sua religião. Ele simplesmente persegue sua visão de excelência em tudo o que faz, deixando para os outros a decisão de saber se está trabalhando ou se divertindo. Ele acha que está sempre fazendo as duas coisas simultaneamente'. Recebam-me, nesta Casa de Justiça, Senhor Desembargador Francisco José Rodrigues de Oliveira Filho e demais pares, como um irmão que veio de longe para somar. Muito obrigado a todos.

DISCURSOS PROFERIDOS PELO DESEMBARGADOR FRANCISCO OLIVEIRA FILHO, PRESIDENTE DO TJSC, E PELA DESEMBARGADORA MARIA DO ROCIO LUZ SANTA RITTA NA INAUGURAÇÃO DO FÓRUM DESEMBARGADOR EDUARDO PEDRO CARNEIRO DA CUNHA LUZ, DA COMARCA DA CAPITAL

DESEMBARGADOR FRANCISCO OLIVEIRA FILHO. PRESIDENTE DO TJSC:

No limiar do recesso forense, o Tribunal de Justiça, por seus desembargadores, juízes e servidores, sente-se honrado em entregar à sociedade catarinense, em especial à comarca da Capital, este prédio magnífico, com quatro pavimentos e área total de 5.724 m², o qual abrigará as duas Varas de Família, a Vara da Infância e Juventude e toda a sua estrutura, como gabinetes para as assistentes sociais, os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, com salas de audiência, inclusive para conciliadores e juízes leigos, e a Auditoria da Justiça Militar Estadual. Há, ainda, espaço adequado ao Ministério Público. A par de instalações dignas e cômodas para trabalho relevantíssimo, que consagra o acesso à Justiça, não é possível omitir a economia substancial que será realizada com a rescisão dos contratos de locação.

Este imóvel, em feliz iniciativa, foi oportunamente adquirido pelo então Presidente do Poder Judiciário do Estado, hoje Ministro, Jorge Mussi, membro do Superior Tribunal de Justiça, e a reforma de suas instalações iniciada em 2007, quando Presidente da nossa Corte o Des. Pedro Manoel Abreu. Ao assumir a presidência, como não poderia deixar de ser, procurei incrementar as obras, contando com a colaboração do Diretor de Engenharia e Arquitetura, Dr. Avany Camacho, do Engenheiro Civil, também desse órgão, Dr. Herlei José Cantú, e da Auditora Dra. Sônia

Maria Lauss de Oliveira, que diariamente supervisionava o serviço em execução. Indispensável nesse contexto foi a dedicada participação do Dr. José Carlos Pacheco, Presidente do Tribunal de Contas, e do Dr. Wilson Dota, Diretor-Geral dessa Corte. Do mesmo modo, expressiva foi a participação do Procurador-Geral do Estado, Dr. Sadi Lima, o qual designou o Procurador Dr. Loreno Weissheimer para acompanhar o fiel cumprimento da avença. O resultado foi positivo, e hoje, dia 19 de dezembro, realizamos este ato solene. Móveis sob medida estão sendo montados, e em janeiro do próximo ano dar-se-á a progressiva transferência das unidades judiciárias.

Este edifício recebe o nome de Des. Eduardo Pedro Carneiro da Cunha Luz, Juiz de Direito em várias comarcas, membro do Tribunal Regional Eleitoral, Corregedor-Geral da Justiça e, posteriormente, Presidente do nosso Sodalício. Cidadão simples; cordial, paciente e afável; esposo, chefe de família e avô dedicado e exemplar; magistrado operoso, preparava com singular zelo os seus votos, detendo-se não raro no estudo do direito pátrio com o comparado. Aqueles que o conheceram bem de perto, como, por exemplo, o Des. João Martins, chamavam-no de *Mestre*. Era uma pessoa extraordinária e o amplo gabinete de sua residência era um verdadeiro centro de estudos. Gostava de conversar sobre matéria jurídica, pois estava sempre pesquisando. Isso, na inatividade, fortaleceu a aproximação com o Des. Ivo Sell, firmando notória e promissora parceria advocatícia, e este também mantinha naquele local mesa de trabalho.

O Des. Eduardo Pedro Carneiro da Cunha Luz, ao lado do também saudoso Des. Rid Silva e do Des. Ayres Gama Ferreira de Mello — os três fraternais amigos —, nas décadas de 1980 e 1990, com iniciativas próprias e fecundas, mudou a história do Judiciário catarinense. Em 1984, seguindo o Rio Grande Sul, instalou, na comarca da Capital, o Conselho de Conciliação, popularmente conhecido como *Juizado de Pequenas Causas*. Ainda durante a sua presidência no Tribunal de Justiça, tomou idêntica medida em relação a mais oito comarcas do interior, entre elas Lages, cuja coordenação esteve sob

a responsabilidade do ex-Corregedor-Geral da Justiça Des. Anselmo Cerello, na época Diretor do Fórum local. Santa Catarina foi, assim, o segundo Estado brasileiro a adotar essa alternativa informal para solucionar demandas reprimidas, a esmagadora maioria oriunda de camadas menos favorecidas da nossa sociedade.

Essa providência foi decisiva para, em 1992, quando Presidente o Des. Ayres Gama Ferreira de Mello, ser implantado o Juizado Especial Cível, decorrente da autorização contida na Constituição Federal promulgada em 5 de outubro de 1988. A estrutura então existente foi progressivamente sendo transformada para a nova realidade, e o Des. Eduardo Pedro Carneiro da Cunha Luz redigiu o respectivo Projeto de Lei Estadual, em face do permissivo do parágrafo 3º do art. 24 daquele Diploma Magno. Vencido o processo legislativo, a lei manteve a sua vigência até o advento da Lei Federal n. 9.099/95. Além disso, a sua presença se fez sentir na elaboração do Regimento Interno das Turmas de Recursos e em tantas outras iniciativas, notadamente na consolidação dos direitos e prerrogativas da magistratura de primeiro e segundo grau em nosso Estado.

Este imponente e útil prédio, outrora sede do Poder Executivo Estadual, que foi palco de grandes decisões administrativas e políticas, continuará com sua importância preservada, mas agora voltado à administração da Justiça.

Declaro, pois, inaugurado o Fórum Des. Eduardo Pedro Carneiro da Cunha Luz, justa e merecida homenagem do Pleno do Tribunal de Justiça a quem, com sua capacidade, dedicação e inteligência, ajudou a construir a exuberante realidade e o elevado conceito que desfruta a Justiça catarinense.”

DESEMBARGADORA MARIA DO ROCIO LUZ SANTA RITTA:

Senhor Presidente, dignas autoridades, senhoras e senhores:

Em nome da família Luz agradeço sensibilizada ao egrégio Tribunal de Justiça, especialmente ao seu Presidente, Des. Francisco Oliveira Filho, pela indicação do nome do Des. Eduardo Luz a este Fórum.

Sem dúvida a homenagem é merecida. O Des. Eduardo Luz dedicou toda uma vida à causa da Justiça. E sabemos que cumpriu sua tarefa com simplicidade, sabedoria, brilho e louvor. Assim, é justo o reconhecimento do Judiciário, simbolizado com a denominação deste magnífico prédio.

Sentimo-nos, familiares e amigos, mais uma vez, muito orgulhosos do Des. Eduardo Luz, cujo nome há de se perpetuar não só no portal deste Fórum, mas na memória de todos aqueles que o conheceram.

Muito obrigada.

HISTÓRIA JURÍDICA

LEGADO PERENE*

Mariana Ortiga

A gaúcha Thereza Grisólia Tang, de São Luiz Gonzaga, escreveu seu nome na história do Judiciário brasileiro ao se tornar a primeira mulher a ocupar o cargo de juíza

Problemas trazidos pelos anos diminuíram a voz firme de desembargadora, a agilidade de juíza que fazia questão de inspecionar prisões pelo Estado afora e a memória que guardou tantas leis, processos e jurisprudências. Apesar da "inexorabilidade do tempo", como considerou no discurso que antecedeu sua aposentadoria no Tribunal de Justiça (TJ) de Santa Catarina, Thereza Grisólia Tang, 86 anos, marcará para sempre o Poder Judiciário do País: ela foi a primeira mulher a ocupar o cargo de juíza no Brasil.

A posição vanguardista catarinense em uma época em que mulheres não eram bem-vindas nos tribunais não foi conseqüência da benevolência de juristas examinadores, mas da aptidão que a concorrente a uma vaga no TJ do Estado demonstrou na entrevista, uma das etapas do concurso da magistratura. Na época, ano de 1954, mal assumiu o cargo e pôde sentir o quanto teria que trabalhar para provar a competência feminina e fazer jus à toga.

— O presidente da Casa me disse que eu seria um teste. Não me espantei porque sempre tive que lutar muito para realizar o que queria — lembra a desembargadora aposentada.

Hoje, contente pelas conquistas, mas sem esquecer de ressaltar com veemência que ainda há muito o que fazer para que homens e mulheres

* Artigo publicado no jornal Zero Hora do dia 12 de outubro de 2008, no caderno Donna Zero Hora, p. 4-5.

tenham, também na prática, direitos iguais, ela conta que o primeiro obstáculo que enfrentou em virtude do preconceito foi na universidade. Na Faculdade de Direito de Porto Alegre, só homens estudavam, até a jovem conquistar seu lugar. Junto do marido Valter Tang, que era dentista e voltou aos bancos da graduação para acompanhar a esposa, ela concluiu o curso.

Se a trajetória daquela que carrega o título de primeira desembargadora catarinense renderia uma biografia das mais originais, a história da mulher nascida em São Luiz Gonzaga, no interior do Rio Grande do Sul, em 1922, não é menos atraente. A vida particular guarda uma história de amor de causar inveja aos mais românticos. Quando era adolescente, moradora da cidade gaúcha, passou em frente a uma delegacia, no período da Segunda Guerra Mundial, e viu um tumulto. A causa do burburinho era um alemão que, sem saber o motivo, fora detido. A justificativa usada pela polícia era a de que ele era nazista.

Indignada com a situação, começou a questionar os policiais e a exigir que dessem ao homem o direito de se defender. Ali, o sentimento de justiça dava os primeiros sinais. Estudante das que guarda os boletins, todos com notas acima ou iguais a oito, Thereza não imaginava que quando concluísse os estudos teria um casamento a sua espera. O alemão do episódio da delegacia chamava-se Valter Tang e havia se apaixonado pela menina, 15 anos mais nova, que o ajudou a livrar-se da prisão, a ponto de pedi-la em casamento aos pais, que concederam a mão da filha.

Questionadora, Thereza disse que casaria, mas com a condição de poder fazer faculdade. Depois de assinar uma espécie de termo de compromisso exigido por ela, Valter pôde levá-la ao altar e, claro, à universidade. O sentimento que ela chama de *juizocultura* veio nessa fase, quando, já casada, freqüentava a faculdade e começou a vislumbrar a possibilidade de chegar à magistratura.

Thereza é mãe, de uma filha; vó, de três netos; e bisavó, de seis. Destes, os três que moram no Brasil almoçam na casa da bisavó todos os dias da semana. Para tê-los por perto, valeu a pena até abrir mão do gosto pela casa bem-arrumada e deixar que uma bisneta instalasse uma mesa de pingue-pongue em uma das salas do apartamento em que mora em Florianópolis.

Aposentada há 16 anos, não deixou o hábito de ler, desde juíza seu passatempo predileto. Confessa que os livros relacionados à profissão tornaram-se raros em seu cotidiano. O título que lê atualmente é *Juca Pirama*, de Gonçalves Dias.

— Ela disse que precisava comprar um *notebook* para não ficar *offside* — entrega Roger Tang, neto de Thereza.

Catálogos de jóias também merecem sua atenção. Broches, brincos, anéis. Os objetos sempre foram cobiçados por Thereza, que nem em casa abre mão de usar pelo menos uma peça.

Aliás, vaidade é uma característica que a magistrada mantém intacta. Assim como nos tempos de Tribunal, ela faz questão de receber um cabeleireiro em casa para arrumá-la. Batom segue como item indispensável.

— Quando trabalhava, ia sempre de saída para lembrar os colegas que tinha uma mulher presente — conta, no ensejo do assunto vaidade.

Entre tantas passagens vividas para serem contadas, a resposta para a pergunta sobre qual seria sua melhor lembrança não demora a ser respondida: — Essa pergunta é boa. Mas são muitas...

FRASE

"[...] Na trabalhosa e delicada missão de julgar reinam retidão e operosidade, independência e coragem, inclusive para, no século da demagogia, sobrepor-se à desmedida pressão popular, sem esquecer jamais,

como bem lembrou Asúa, que bondade e justiça têm áreas diferentes, mas a justiça repassada de bondade é sempre mais justa [...]"¹

DEPOIMENTO

“Rápida de raciocínio, firme nas posições.”

“Em uma época em que não se aceitavam mulheres em concursos no Brasil, ela conquistou uma vaga. As mulheres até poderiam se inscrever, mas não eram aprovadas na entrevista. E passavam nas etapas escritas porque podiam recorrer, enquanto nas orais não tinham como. Rápida de raciocínio. Firme nas posições. Thereza sempre foi habilidosa sem perder a elegância. Tudo isso ajuda a explicar por que foi aprovada no Tribunal daquele tempo. O gosto por viagens a fez uma pessoa atualizada e inovadora. A convivência com ela foi importante para a formação dos juízes recém-chegados como eu. Foi Thereza que propôs a criação de dois cargos de juízes corregedores e o protocolo unificado. Isso sem contar a dedicação nas visitas às prisões e a preocupação com saúde, alimentação e reeducação dos apenados, principalmente quando se tratava das mulheres.”²

TRAJETÓRIA

Foi nomeada juíza substituta da 12^a circunscrição judiciária, com sede em Criciúma, em 1954.

Trabalhou em Araranguá, Criciúma, Turvo, Timbó, Palhoça, São José, Laguna, Joaçaba e Florianópolis. Foi promovida a desembargadora em 1975.

1 Trecho retirado do discurso de Thereza Grisólia Tang no dia em que se aposentou.

2 Francisco de Oliveira Filho, 69 anos, presidente do Tribunal de Justiça de SC.

Dez anos depois, elegeu-se corregedora-geral da Justiça. Em 1989, tornou-se a primeira e, até hoje, única mulher presidente do Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Também foi a única mulher a presidir o Tribunal Regional Eleitoral do Estado. Aposentou-se por idade limite aos 70 anos, em 1992.

Em 1993, foi representante do Instituto dos Magistrados do Brasil em Santa Catarina.

LEGISLAÇÃO

ATO REGIMENTAL

Ato Regimental n. 90/2008–TJ

Dispõe sobre a data dos acórdãos e dos votos proferidos no Tribunal de Justiça.

O Tribunal de Justiça de Santa Catarina, por seu Tribunal Pleno, considerando a decisão tomada na Sessão Extraordinária do dia 22 de agosto de 2007, registrada na Ata n. 120, resolve aprovar o seguinte Ato Regimental:

Art. 1º Os acórdãos e os votos vencidos e vencedores deverão ser datados com o dia, mês e ano da real lavratura e não com a data do julgamento.

Art. 2º Este Ato Regimental entrará em vigor 60 (sessenta) dias após sua publicação, ratificados os acórdãos e os votos publicados até esta data. Revogam-se as disposições contrárias.

Florianópolis, 16 de julho de 2008.

Francisco José Rodrigues de Oliveira Filho
DESEMBARGADOR PRESIDENTE

**SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL**

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO

Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 573.552-4, de Santa Catarina

Relator: Min. Eros Grau

Agravante: Vinícius Braun

Advogados: Drs. Luiz Antônio Palaoro e outros

Agravado: Estado de Santa Catarina

Advogado: PGE-SC — Dr. Loreno Weissheimer

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONSTITUCIONAL. CONCURSO PÚBLICO. BOMBEIRO MILITAR. LIMITE DE IDADE. VIABILIDADE. TEORIA DO FATO CONSUMADO. IMPOSSIBILIDADE EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO.

1. Está pacificado o entendimento deste Supremo Tribunal Federal no sentido de afirmar a constitucionalidade da restrição de idade em concurso público, imposição razoável da natureza e das atribuições do cargo pleiteado.

2. Aplicação da teoria do fato consumado. Impossibilidade. Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Senhor Ministro Celso de Mello, na conformidade da ata de julgamento e das

notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso de agravo, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 29 de abril de 2008.

EROS GRAU — RELATOR.

RELATÓRIO

O Senhor Ministro Eros Grau: A decisão agravada tem o seguinte teor:

DECISÃO: Discute-se neste recurso extraordinário a constitucionalidade da exigência de idade máxima para ingresso no quadro de soldado da polícia militar e do corpo de bombeiros.

2. O Superior Tribunal de Justiça decidiu que esta exigência é constitucional, vez que encontra respaldo no Edital n. 1/CESIEP/2003 e na Lei n. 6.218/83, do Estado de Santa Catarina.

3. O recorrente alega violação do disposto nos artigos 7º, XXX, e 37, I, da Constituição do Brasil.

4. O Supremo, no julgamento do RE n. 197.479, relator o Ministro Octavio Gallotti, DJ de 18-8-00, fixou o seguinte entendimento:

“EMENTA: Não é inconstitucional a imposição de limite máximo de idade, para ingresso de praça, nos quadros de Corpo de Bombeiros Militar (CF, art. 42, §§ 9º e 11, no texto original)”.

Defiro o pedido de assistência judiciária gratuita e nego seguimento ao recurso com fundamento no disposto no artigo 21, § 1º, do RISTF.

2. O agravante sustenta que

[a] além da limitação de idade ser arbitrária e ilegal, o recorrente é pessoa sadia, de saúde perfeita e em pleno vigor físico, sendo que a pouca diferença de idade, entre a que possui e o limite instituído pelas autoridades coatoras, de modo algum comprometem (ou comprometerá) seu desempenho nas atividades exercidas pelo cargo de Bombeiro Militar do Estado de Santa Catarina, o que já está provando há mais de 3 anos, como dito” (fl. 343).

3. No mais, reitera os argumentos suscitados nas razões do recurso extraordinário e requer a reconsideração da decisão agravada ou o provimento deste regimental para que o recurso extraordinário tenha regular processamento.

VOTO

O Senhor Ministro Eros Grau (Relator): O presente recurso não merece provimento.

2. O Supremo Tribunal Federal entende, de modo pacificado, ser possível a restrição de idade em concurso público como imposição razoável da natureza e das atribuições do cargo pleiteado. Nesse sentido:

EMENTA: Não é inconstitucional a imposição de limite máximo de idade para admissão a quadro de oficiais de Corpo de Bombeiros Militar (CF, art. 42, §§ 9º e 11, no texto original) (RE n. 176.081, relator o Ministro Octavio Gallotti, 1ª Turma, DJ de 14-11-91).

EMENTA: Recurso extraordinário. Concurso público para a admissão a Curso de Formação de agente penitenciário. Admissibilidade da imposição de limite de idade para a inscrição em concurso público.

— O Plenário desta Corte, ao julgar os recursos em Mandado de Segurança n. 21.033 e 21.046, firmou o entendimento de que, salvo nos casos em que a limitação de idade possa ser justificada pela natureza das atribuições do cargo a ser preenchido, não pode a lei, em face do disposto nos artigos 7º, XXX, e 30, § 2º, da Constituição Federal, impor limite de idade para a inscrição em concurso público.

— No caso, dada a natureza das atribuições do cargo, é justificada a limitação de idade, tanto a mínima quanto a máxima, não se lhe aplicando, portanto, a vedação do artigo 7º, XXX, da Constituição Federal.

Recurso extraordinário conhecido e provido (RE n. 176.479, relator o Ministro Moreira Alves, 1ª Turma, DJ de 5-9-97).

3. Quanto à aplicação da teoria do fato consumado, este Tribunal decidiu que

situações de fato, geradas pela concessão de provimentos judiciais de caráter meramente provisório, não podem revestir-se, ordinariamente, *tractu temporis*, de eficácia jurídica que lhes atribua sentido de definitividade, compatível, apenas, com decisões favoráveis revestidas da autoridade da coisa julgada, notadamente nas hipóteses em que a pretensão deduzida em juízo esteja em conflito com a ordem constitucional, como ocorre na espécie destes autos (RMS n. 23.544-AgR, relator o Ministro Celso de Mello, DJ de 13-11-01).

4. Desse entendimento não divergiu a nossa 2ª Turma, quando do julgamento de caso análogo ao dos autos, RE n. 447.521-AgR, relator o Ministro Gilmar Mendes, DJ de 24-2-06, cuja ementa transcrevo:

EMENTA: Agravo regimental em recurso extraordinário. 2. Concurso público. Exame psicotécnico. Previsão legal. Critérios objetivos. Legitimidade. Precedentes. 3. Aplicação da teoria do fato consumado. Impossibilidade. 4. Agravo regimental a que se nega provimento.

Nego provimento ao agravo regimental.

HABEAS CORPUS

***Habeas Corpus* n. 86.829-1, de Santa Catarina**

Relatora: Mina. Ellen Gracie

Paciente: César Augusto Gallon

Paciente: Ari Veloso dos Santos

Paciente: Irani de Jesus da Silva

Paciente: Vilson Antônio Brunello

Impetrantes: Hélio de Melo Mosimann e outros

Coator: Superior Tribunal de Justiça

DIREITO PROCESSUAL PENAL. PRISÃO PREVENTIVA. MANUTENÇÃO POR OCASIÃO DE SENTENÇA CONDENATÓRIA. PRESSUPOSTOS E CONDIÇÕES. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTE. *HABEAS CORPUS*. DENEGAÇÃO.

1. *Habeas corpus* objetivando a soltura do paciente.
2. Fundamentação idônea à manutenção da prisão processual dos pacientes.
3. Garantia da ordem pública se mostrou claro fundamento para a manutenção da prisão dos pacientes.
4. A prisão processual dos pacientes se deu em momento anterior à prolação da sentença condenatória, não tendo sido alterados os fundamentos que ensejaram o decreto da prisão processual.
5. Em se tratando de crime de tráfico ilícito de substância entorpecente (Lei n. 6.368/76), não seria necessário que a juíza reafirmasse a permanência dos pressupostos e condições do art. 312 do CPP na sentença condenatória.
6. Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, sob a Presidência do Senhor Ministro Celso de Mello, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, indeferir o pedido de *habeas corpus*, nos termos do voto da relatora.

Brasília, 3 de junho de 2008.

Ellen Gracie — Relatora

RELATÓRIO

A Senhora Ministra Ellen Gracie: 1. Trata-se de *habeas corpus* impetrado contra ato do Superior Tribunal de Justiça que, no julgamento do HC n. 40.473, denegou a ordem em acórdão assim ementado:

HABEAS CORPUS. CRIME HEDIONDO. DIREITO DE AGUARDAR EM LIBERDADE O JULGAMENTO DOS RECURSOS. IMPOSSIBILIDADE. RÉU PRESO DURANTE A INSTRUÇÃO CRIMINAL. CIRCUNSTÂNCIAS DO ART. 59 NEGATIVAS. SENTENÇA CONDENATÓRIA. MANUTENÇÃO DOS CONDENADOS NA PRISÃO ONDE SE ENCONTRAM.

Conforme entendimento jurisprudencial desta Corte, o paciente que permaneceu preso durante a instrução criminal não tem o direito de apelar em liberdade, haja vista que um dos efeitos da sentença condenatória é a sua manutenção na prisão onde se encontra, mormente nos casos de crimes hediondos, onde o inciso II do artigo 2º da Lei n. 8.072/90, veda a liberdade provisória, com ou sem fiança.

Se na sentença restou assentado que os pacientes possuíam antecedentes ruins, mesmo que não comprovada sua reincidência, razoável que sejam impedidos de aguardar o julgamento recursal em liberdade.

Recurso a que se nega provimento.

Argumentam os impetrantes que os pacientes foram condenados, individualmente, às penas de 9 (nove) anos de reclusão, em regime fecha-

do, e perda da função pública, além da pena pecuniária, como incursos nas sanções dos arts. 12, *caput* e § 2º, III, 14 e 18, III, todos da Lei n. 6.368/76. Na apreciação da apelação, a Corte estadual deu parcial provimento, apenas para excluir o caráter hediondo do crime previsto no art. 14 da Lei n. 6.368/76.

Narram, ainda, que o STJ, no julgamento do recurso especial, anulou a sentença apenas quanto à dosimetria da pena para redimensioná-la quanto ao cálculo da pena-base e ao fundamento do efeito da perda do cargo ou função pública. Houve impetração de *habeas corpus* perante o STJ apenas no que tange à manutenção da prisão dos pacientes pela Corte estadual.

Observam que o *writ* ataca a decisão monocrática do relator e a negativa de provimento de agravo regimental, no âmbito do STJ, sob os seguintes fundamentos: a) ausência de antecedentes criminais dos pacientes; b) falta de motivação idônea para negar o direito de recorrer em liberdade; c) os pacientes não ficaram presos durante todo o período de formação da culpa; d) a instância ordinária não se encontra finda.

Requerem a concessão da ordem para o fim de suspender os efeitos do decreto de prisão.

2. Houve indeferimento do pedido de medida liminar (fls. 11-17).
3. Embargos de declaração rejeitados (fls. 29-41).
4. Manifestação da Procuradoria-Geral da República no sentido da denegação da ordem (fls. 50-55).

VOTO

A Senhora Ministra Ellen Gracie (Relatora): 1. No julgamento do *habeas corpus* pelo Superior Tribunal de Justiça, ficou assentado o seguinte (fls. 508/512, do apenso):

Reclamam os impetrantes falta de fundamentação no decreto condenatório que os impossibilitou de recorrerem em liberdade.

Compulsando os autos, denoto que a fundamentação exposta na sentença não foi deficiente.

O artigo 594 do Código de Processo Penal exige, para que o réu possa apelar sem recolher-se à prisão, primariedade e bons antecedentes, sendo certo que, na espécie, tal não ocorreu.

Disse a sentença, em conclusão, na 57ª folha, após individualizar a pena de cada um dos 7 acusados (fls. 154-210):

“Nego o direito aos acusados de recorrerem em liberdade, diante dos fatos de que os mesmos foram presos durante a instrução criminal, e por serem condenados por delitos considerados hediondos, que não se livram soltos (art. 35, da Lei n. 6.368/76) e, ante a personalidade voltada ao crime dos acusados (art. 594)”.

[...]

Destarte, porque restou firmado que os pacientes possuem antecedentes criminais, contrariando um dos requisitos contidos no artigo 594 da Lei Instrumental Penal, peremptória é a denegação da ordem.

Ademais, como relatado, a condenação se deu pela prática de crime hediondo, sendo impedidos de aguardarem o julgamento da apelação em liberdade, conforme se vê da sentença condenatória (fls. 154-210).

O Superior Tribunal de Justiça mantém entendimento pacífico que o condenado não tem o direito de aguardar o julgamento da apelação em liberdade, haja visto que o inciso II do artigo 2º da Lei n. 8.072/90, vedou-lhe a liberdade provisória, com ou sem fiança, e uma das conseqüências da condenação é a manutenção do réu na prisão onde se encontra.

[...]

Por todo o exposto e verificando que os réus responderam a maior parte do processo presos cautelarmente, a sua manutenção onde se encontram decorre da sentença penal que os condenou.

Posto isto, nego provimento ao recurso.

2. Da leitura da sentença da juíza de direito da comarca de Chapecó, observo que os pacientes César Augusto, Ari Veloso, Irani de Jesus e Vilson Antônio tiveram suas prisões preventivas decretadas no curso do processo (fl. 1.039, do apenso).

No dispositivo da sentença, ficou assentado o seguinte:

Nego o direito aos acusados de recorrerem em liberdade diante dos fatos de que os mesmos foram presos durante a instrução criminal, e por serem condenados por delitos considerados hediondos, que não se livram soltos (art. 35, da Lei n. 6.368/76) e, ante a personalidade voltada ao crime dos acusados (art. 594, CPP).

Na fundamentação da sentença, a juíza observou que os acusados se associaram para fins de narcotraficância,

sendo que os acusados Altamir e Marcos foram contratados pelos acusados Gallon e Telmo, para adquirirem e efetuarem o transporte da droga até a cidade de Chapecó, restando garantido aos mesmos que iriam consumir o delito sem a ocorrência de problemas, pelo fato de que os policiais César Augusto Gallon, Ari Veloso dos Santos, Vilson Antônio Brunello e Irani de Jesus da Silva iriam fazer a proteção e escolta dos mesmos até a chegada da cidade de Chapecó, o que realmente ocorreu como demonstrado na instrução dos autos, como na fundamentação deste julgado.

3. Registro, assim, que houve fundamentação idônea à manutenção da prisão processual dos pacientes, não tendo a magistrada afirmado que a prisão seria mantida apenas em razão da prisão preventiva ter prevalecido durante a fase de instrução. Não houve, portanto, violação aos arts. 93, IX, da Constituição da República, e 315 do CPP.

4. O art. 59 da Lei n. 11.343/06 não altera o quadro então existente no que se refere à manutenção da prisão processual dos pacientes. Diante da persistência dos pressupostos e condições do art. 312 do CPP, os pacientes não poderiam obter o reconhecimento do direito de recorrer em liberdade. A garantia da ordem pública se mostrou claro fundamento para

a manutenção da prisão dos pacientes, pessoas apontadas como integrantes de organização criminosa envolvida na realização do narcotráfico.

5. Não há cogitar de violação ao princípio da não-culpabilidade em razão de decisão que mantém a prisão preventiva dos pacientes, inexistindo qualquer ilegalidade ou constrangimento na manutenção de suas prisões.

6. A questão não envolve o tema da atribuição de apenas efeito devolutivo ao recurso de apelação interposto contra sentença condenatória (CPP, art. 594), tampouco a possibilidade da execução provisória da pena corporal em razão de acórdão da Corte estadual ou federal que manteve ou impõe a condenação de acusados.

A prisão processual dos pacientes se deu em momento anterior à prolação da sentença condenatória, não tendo sido alterados os fundamentos que ensejaram o decreto da prisão processual.

7. De acordo com o art. 50, XLIII, da Constituição da República, são inafiançáveis os crimes hediondos e equiparados, sendo que o art. 2º, inciso II, da Lei n. 8.072/90 apenas atendeu ao comando constitucional, ao declarar inafiançáveis os crimes de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e aqueles definidos como crimes hediondos.

Em recente julgamento da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, considerou-se que “a Lei n. 11.464/07 não poderia alcançar o delito de tráfico de drogas, cuja disciplina já constava de lei especial (Lei n. 11.343/06, art. 44, *caput*), aplicável ao caso vertente” (HC n. 93.229-SP, rela. Mina. Carmem Lúcia, DJ 25-4-08).

8. Desse modo, considerando tratar-se de crime de tráfico ilícito de substância entorpecente (Lei n. 6.368/76), além de associação para fins de tráfico, não seria necessário que a juíza reafirmasse a permanência dos pressupostos e condições do art. 312 do CPP na sentença condenatória.

Como expressamente foi consignado pelo Min. Gilmar Mendes, então relator deste *writ*, no voto proferido no julgamento dos embargos de declaração, a

sentença recuperou os fundamentos do decreto de prisão preventiva, que conforme citado na leitura da decisão impugnada, atendeu aos requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal, a saber: I) conveniência da instrução criminal; e II) garantia da ordem pública (fls. 37-38).

Desse modo, a fundamentação do decreto das prisões preventivas e da sentença de suas manutenções não se restringe à questão dos antecedentes criminais dos pacientes, e sim à aplicação do art. 312 do CPP.

9. Ante o exposto, denego a ordem de *habeas corpus*.

MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.062-6, de Santa Catarina

Relator: Min. Joaquim Barbosa

Requerente: Procurador-Geral da República

Requerido: Governador do Estado de Santa Catarina

Requerida: Assembléia Legislativa do Estado de Santa Catarina

EMENTA

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA CAUTELAR. LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL. INICIATIVA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA ESTADUAL. EMENDA PARLAMENTAR. AUMENTO DE DESPESA. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL. *FUMUS BONI IURIS* E *PERICULUM IN MORA*. CAUTELAR DEFERIDA.

A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que gera inconstitucionalidade formal a emenda parlamentar a projeto de lei de iniciativa do Tribunal de Justiça Estadual que importa aumento de despesa. Precedentes.

Medida cautelar deferida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, sob a presidência do Ministro César Peluso, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em deferir a medida liminar para

suspender a eficácia da expressão “Tubarão”, contida no *caput* do art. 1º e no inciso I do art. 1º da Lei Complementar n. 398, de 5 de dezembro de 2007, do Estado de Santa Catarina, nos termos do voto do relator.

Brasília, 4 de junho de 2008.

JOAQUIM BARBOSA — Relator

RELATÓRIO

O Senhor Ministro Joaquim Barbosa (Relator): Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, ajuizada pelo Procurador-Geral da República, atendendo à representação formulada pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, em face da expressão “Tubarão” contida no *caput* do art. 1º e no inciso I do art. 1º da Lei Complementar n. 398, de 5 de dezembro de 2007, do Estado de Santa Catarina, que “transforma, cria e extingue cargos do Quadro da Magistratura e dos Serviços Auxiliares do Poder Judiciário Estadual”.

Eis o teor da norma atacada:

Art. 1º Os cargos de Juiz de Direito distribuídos e por distribuir nas comarcas de Joinville, Blumenau, Chapecó, Criciúma, Itajaí, Lages, *Tubarão*, São José, Palhoça, Balneário Camboriú, Jaraguá do Sul e Gaspar são elevados de entrância:

I — nas comarcas de Joinville, Blumenau, Chapecó, Criciúma, Itajaí, Lages e *Tubarão*, de entrância final para entrância especial;

II — nas comarcas de São José, Palhoça, Balneário Camboriú e Jaraguá do Sul, de entrância intermediária para entrância final; e

III — na comarca de Gaspar, de entrância inicial para entrância intermediária.

Parágrafo único. Aos atuais ocupantes dos cargos são garantidas a posição na carreira da magistratura e a permanência em sua atual lotação até futura movimentação funcional, respeitando-se, ainda, o direito

de opção previsto no art. 52, da Lei Complementar n. 367, de 7 de dezembro de 2006 [grifei].

O requerente sustenta ofensa aos artigos 2º e 96, II, *d*, da Constituição de 1988.

Afirma que “a expressão questionada, contida tanto no *caput* quanto no inciso I do art. 1º da Lei Catarinense n. 398/2007, é resultado de emenda parlamentar a projeto de lei encaminhado pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina à Assembléia Legislativa local”. Assim, continua o requerente, “ao emendar o mencionado projeto de lei, para o fim de reclassificar a Comarca de Tubarão, erigindo-a de entrância final à entrância especial, o Parlamento estadual não observou o disposto no art. 96, II, *d*, da Constituição da República, segundo a qual compete privativamente aos tribunais de justiça propor ao Poder Legislativo respectivo à alteração da organização e da divisão judiciárias”.

Afirma que, segundo orientação firmada por esta Corte, o Poder Legislativo pode modificar os projetos de lei apresentados desde que as emendas parlamentares não importem aumento de despesa ou disponham sobre matéria diversa daquela constante no projeto de lei. Cita precedentes.

Assim, tendo em vista que a emenda parlamentar ao projeto de lei oriundo do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, que resultou na Lei Complementar Estadual n. 398/2007, resultou em aumento de despesa, alega estar evidenciada a inconstitucionalidade formal da lei mencionada.

Requer seja deferida a medida cautelar para suspender, até a decisão final da ação, a eficácia da expressão “Tubarão”, contida no *caput* e no inciso I do art. 1º da Lei impugnada, até o julgamento final da presente ação direta de inconstitucionalidade.

VOTO

O Senhor Ministro Joaquim Barbosa (Relator): Senhor presidente, a jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de que são cabíveis emendas parlamentares aos projetos de lei de iniciativa do Chefe do Executivo, dos Tribunais, do Ministério Público, dentre outros, apenas em duas hipóteses: quando não importarem aumento de despesa e quando tratarem de matéria que encontra pertinência com o objeto do projeto de lei.

No presente caso, estamos diante de uma lei complementar que transforma, cria e extingue cargos do Quadro da Magistratura e dos Serviços Auxiliares do Poder Judiciário do Estado de Santa Catarina, e que é fruto de análise levada a efeito pelo Tribunal de Justiça daquele Estado, inclusive quanto à previsão orçamentária para prover às despesas dela decorrentes.

No projeto de lei enviado pelo Tribunal de Justiça à Assembléia Legislativa não constava a elevação para entrância especial da comarca de Tubarão, sendo tal medida fruto de emenda parlamentar que simplesmente apontou a existência “de antiga reivindicação de sua comunidade e suas lideranças”, sem realizar nenhum estudo sobre a necessidade da norma ou sobre a previsão orçamentária para essa medida.

Esta Emenda foi inicialmente rejeitada na Comissão de Constituição e Justiça da Assembléia Legislativa catarinense, por sua inconstitucionalidade formal. Mas, ao ser levada ao Plenário, por requerimento de um deputado estadual, acabou sendo aprovada.

De todo modo, o que importa consignar é que a emenda parlamentar ao projeto que deu origem à Lei Complementar Estadual n. 398/2007 ocasionou aumento de despesa para o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Vislumbro, portanto, nessa análise preliminar, o vício de inconstitucionalidade formal alegado pelo requerente.

Nessa ordem de idéias, cito os seguintes precedentes: ADI-MC n. 1.050, rel. Min. CELSO DE MELLO, DJ de 23-4-2004, e ADI n. 1.051, rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA, DJ de 13-10-1995. Eis o teor dos acórdãos mencionados:

EMENTA: TRIBUNAL DE JUSTIÇA — INSTAURAÇÃO DE PROCESSO LEGISLATIVO VERSANDO A ORGANIZAÇÃO E A DIVISÃO JUDICIÁRIAS DO ESTADO — INICIATIVA DO RESPECTIVO PROJETO DE LEI SUJEITA À CLÁUSULA CONSTITUCIONAL DE RESERVA (CF, ART. 125, § 1º, *IN FINE*) – *OFERECIMENTO E APROVAÇÃO, NO CURSO DO PROCESSO LEGISLATIVO, DE EMENDAS PARLAMENTARES — AUMENTO DA DESPESA ORIGINALMENTE PREVISTA E AUSÊNCIA DE PERTINÊNCIA* — DESCARACTERIZAÇÃO DA PROPOSIÇÃO LEGISLATIVA ORIGINAL, MOTIVADA PELA AMPLIAÇÃO DO NÚMERO DE COMARCAS, VARAS E CARGOS CONSTANTES DO PROJETO INICIAL — CONFIGURAÇÃO, NA ESPÉCIE, DOS REQUISITOS PERTINENTES À PLAUSIBILIDADE JURÍDICA E AO *PERICULUM IN MORA* — MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA. – *O poder de emendar projetos de lei — que se reveste de natureza eminentemente constitucional — qualifica-se como prerrogativa de ordem político-jurídica inerente ao exercício da atividade legislativa. Essa prerrogativa institucional, precisamente por não traduzir corolário do poder de iniciar o processo de formação das leis (RTJ 36/382, 385 — RTJ 37/113 — RDA 102/261), pode ser legitimamente exercida pelos membros do Legislativo, ainda que se cuide de proposições constitucionalmente sujeitas à cláusula de reserva de iniciativa (ADI n. 865/MA, rel. Min. CELSO DE MELLO), desde que — respeitadas as limitações estabelecidas na Constituição da República — as emendas parlamentares (a) não importem em aumento da despesa prevista no projeto de lei, (b) guardem afinidade lógica (relação de pertinência) com a proposição original e (c) tratando-se de projetos orçamentários (CF, art. 165, I, II e III), observem as restrições fixadas no art. 166, §§ 3º e 4º, da Carta Política.* Doutrina. Jurisprudência. — Inobservância, no caso, pelos Deputados Estaduais, quando do oferecimento das emendas parlamentares, de tais restrições. Precedentes do Supremo Tribunal Federal. Suspensão cautelar da eficácia do diploma

legislativo estadual impugnado nesta sede de fiscalização normativa abstrata (ADI-MC n. 1.050, rel. Min. CELSO DE MELLO, DJ de 23-4-2004) [grifei].

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. JUÍZES DE PAZ: REMUNERAÇÃO. PRINCÍPIO DA INDEPENDÊNCIA E HARMONIA ENTRE OS PODERES. *NORMAS LEGAIS RESULTANTES DE EMENDA PARLAMENTAR: USURPAÇÃO DE INICIATIVA. PODER JUDICIÁRIO: AUTONOMIA ADMINISTRATIVA E FINANCEIRA; AUMENTO DE DESPESA.* Normas ínsitas nos artigos 48 e 49 da Lei Complementar n. 90, de 1º de julho de 1993, do Estado de Santa Catarina. Ofensa aos artigos 2º e 96, inciso II, alínea *b*, assim como ao art. 63, inciso II, combinado com o art. 25 e o art. 169, parágrafo único e seus incisos, da *Lex Fundamentalis*. A Constituição Federal preconiza que compete privativamente ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores e aos Tribunais de Justiça propor ao Poder Legislativo respectivo, observado o disposto no art. 169, a criação e a extinção de cargos e a fixação de vencimentos de seus membros, dos juízes, inclusive dos tribunais inferiores, onde houver, dos serviços auxiliares e os dos juízos que lhes forem vinculados (art. 96, inciso II, alínea *b*). A remuneração dos Juízes de Paz somente pode ser fixada em lei de iniciativa exclusiva do Tribunal de Justiça do Estado. A regra constitucional insculpida no art. 98 e seu inciso II, segundo a qual a União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão a justiça de paz, remunerada, não prescinde do ditame relativo a competência exclusiva enunciada no mencionado art. 96, inciso II, alínea *b*. *As disposições que atribuem remuneração aos Juízes de Paz, decorrentes de emenda parlamentar ao projeto original, de iniciativa do Tribunal de Justiça estadual, são incompatíveis com as regras dos artigos 2º e 96, II, alínea b, da Constituição Federal, eis que evadidas de vício de inconstitucionalidade formal, além de violarem, pela imposição de aumento da despesa, o princípio da autonomia administrativa e financeira do Poder Judiciário.* Ação julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade dos artigos 48 e 49 da Lei Complementar n. 90, de 1º de julho de 1993, do Estado de Santa Catarina (ADI n. 1.051, rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA, DJ de 13-10-1995) [grifei].

De outro lado, creio que o *periculum in mora* reside na possibilidade de preenchimento dos cargos referentes à reclassificação das entrâncias efetuada pela norma, com o conseqüente aumento das despesas a eles correlatas.

Do exposto, defiro a medida cautelar para suspender, com efeitos *ex tunc*, a expressão “Tubarão” contida no *caput* do art. 1º e no inciso I do art. 1º da Lei Complementar n. 398/2007 do Estado de Santa Catarina, até o julgamento final da presente ação direta.

**SUPERIOR TRIBUNAL
DE JUSTIÇA**

CONFLITO DE COMPETÊNCIA

Conflito de Competência n. 94.775/SC (2008/0059203-0)

Relator: Ministro Jorge Mussi

Autor: Justiça Pública

Réu: Em apuração

Suscitante: Juízo Federal da 2ª Vara de Chapecó — SJ/SC

Suscitado: Juízo Federal da 5ª Vara da Seção Judiciária do Estado de Goiás

EMENTA

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. SAQUE FRAUDULENTO DE CONTA BANCÁRIA DA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL MEDIANTE TRANSFERÊNCIA VIA INTERNET. CRIME DE FURTO QUALIFICADO. CONSUMAÇÃO COM A SUBTRAÇÃO DOS VALORES. COMPETÊNCIA DO JUÍZO FEDERAL DO LOCAL ONDE A QUANTIA EM DINHEIRO FOI RETIRADA.

1. A conduta descrita nos autos, relativa à ocorrência de saque fraudulento de conta bancária mediante transferência via internet para conta de terceiro, deve ser tipificada no artigo 155, § 4º, inciso II, do Código Penal, pois, mediante fraude utilizada para ludibriar o sistema informatizado de proteção dos valores mantidos sob guarda bancária, foi subtraída quantia de conta-corrente da Caixa Econômica Federal. Precedentes da Terceira Seção.

2. Conflito conhecido para declarar-se competente o Juízo Federal do local da subtração do bem, qual seja, o da Segunda Vara de Chapecó — Seção Judiciária de Santa Catarina, o suscitante.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira 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 suscitante, Juízo Federal da 2ª Vara de Chapecó — SJ/SC, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Votaram com o Relator a Sra. Ministra Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ/MG) e os Srs. Ministros Paulo Gallotti, Laurita Vaz, Arnaldo Esteves Lima, Maria Thereza de Assis Moura e Napoleão Nunes Maia Filho.

Ausentes, ocasionalmente, os Srs. Ministros Nilson Naves e Felix Fischer.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Hamilton Carvalhido.

Brasília (DF), 14 de maio de 2008.

Ministro Jorge Mussi

Relator

RELATÓRIO

Trata-se de conflito negativo de competência em que é suscitante o Juízo Federal da Segunda Vara de Chapecó — Seção Judiciária de Santa Catarina, nos autos do Inquérito Policial n. 2007.72.02.005196-8, e suscitado o Juízo Federal da Quinta Vara da Seção Judiciária do Estado de Goiás.

Consta dos autos que foi instaurado procedimento inquisitivo para apurar responsabilidade acerca de transferência fraudulenta, via internet, de valores retirados de conta-corrente mantida na agência da Caixa Econômica Federal situada em São Lourenço do Oeste/SC.

O Juízo Federal da Quinta Vara da Seção Judiciária do Estado de Goiás, no qual tramitava o aludido inquérito, declinou da competência para o Juízo suscitante, por se tratar de cometimento, em tese, do delito de furto mediante fraude, infração que se consuma no local da subtração do bem, *in casu*, em São Lourenço do Oeste/SC, local da agência bancária (fls. 25-26).

Por sua vez, o Juízo Federal da Segunda Vara de Chapecó – Seção Judiciária de Santa Catarina suscitou o presente conflito, buscando demonstrar

tratar-se, em tese, da conduta descrita no art. 171 do CP, ou seja, estelionato, porquanto a fraude é o meio utilizado para provocar ou manter em erro a vítima, levando-a à falsa representação da realidade e fazendo-a entregar o “objeto”. [...] Consuma-se o crime de estelionato com a obtenção da vantagem indevida (fls. 40-41).

Em parecer, a Subprocuradoria-Geral da República opina pelo conhecimento do presente conflito, para declarar a competência do Juízo Federal da Segunda Vara de Chapecó — Seção Judiciária de Santa Catarina, o suscitante.

VOTO

No presente caso, foi instaurado inquérito policial na cidade de Goiânia/GO, para apurar a ocorrência de saque fraudulento de conta-corrente, mediante transferência, via internet, para contas localizadas em agências bancárias do Estado de Goiás, sem qualquer consentimento da vítima.

Observa-se que o cerne da questão limita-se a saber se o aludido fato capitula-se no tipo penal estelionato ou no crime de furto mediante ardid, já que a consumação dos delitos é realizada de forma diversa, sendo o primeiro com a obtenção da vantagem ilícita e o segundo com a retirada do bem da esfera de disponibilidade do ofendido.

Desta forma, acompanhando o entendimento da Terceira Seção desta egrégia Corte, entende-se que a conduta descrita nos autos deve ser tipificada no art. 155, § 4º, inciso II, do Código Penal, já que, mediante fraude utilizada para ludibriar o sistema informatizado de proteção dos valores mantidos sob guarda bancária, foram subtraídos valores de conta-corrente.

A propósito, colacionam-se os seguintes precedentes:

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. PENAL E PROCESSO PENAL. FRAUDE ELETRÔNICA NA INTERNET. TRANSFERÊNCIA DE NUMERÁRIO DE CONTA DA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. FURTO MEDIANTE FRAUDE QUE NÃO SE CONFUNDE COM ESTELIONATO. CONSUMAÇÃO. SUBTRAÇÃO DO BEM. APLICAÇÃO DO ART. 70 DO CPP.

COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL PARANAENSE.

1. O furto mediante fraude não se confunde com o estelionato. A distinção se faz primordialmente com a análise do elemento comum da fraude que, no furto, é utilizada pelo agente com o fim de burlar a vigilância da vítima que, desatenta, tem seu bem subtraído, sem que se aperceba; no estelionato, a fraude é usada como meio de obter o consentimento da vítima que, iludida, entrega voluntariamente o bem ao agente.

2. Hipótese em que o agente se valeu de fraude eletrônica para a retirada de mais de dois mil e quinhentos reais de conta bancária, por meio da "Internet Banking" da Caixa Econômica Federal, o que ocorreu, por certo, sem qualquer tipo de consentimento da vítima, o Banco. A fraude, de fato, foi usada para burlar o sistema de proteção e de vigilância do Banco sobre os valores mantidos sob sua guarda. Configuração do crime de furto qualificado por fraude, e não estelionato.

3. O dinheiro, bem de expressão máxima da idéia de valor econômico, hodiernamente, como se sabe, circula em boa parte no chamado "mundo virtual" da informática. Esses valores recebidos e transferidos por meio da manipulação de dados digitais não são tangíveis, mas nem por isso deixaram de ser dinheiro. O bem, ainda que de forma virtual, circula como qualquer outra coisa, com valor econômico evidente. De fato, a informação digital e o bem material correspondente estão intrínseca e

inseparavelmente ligados, se confundem. Esses registros contidos em banco de dados não possuem existência autônoma, desvinculada do bem que representam, por isso são passíveis de movimentação, com a troca de titularidade. Assim, em consonância com a melhor doutrina, é possível o crime de furto por meio do sistema informático.

4. A consumação do crime de furto ocorre no momento em que o bem é subtraído da vítima, saindo de sua esfera de disponibilidade. No caso em apreço, o desapossamento que gerou o prejuízo, embora tenha se efetivado em sistema digital de dados, ocorreu em conta-corrente da Agência Campo Mourão/PR, que se localiza na cidade de mesmo nome.

Aplicação do art. 70 do Código de Processo Penal.

5. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo Federal de Campo Mourão — SJ/PR (CC n. 67.343/GO, rela. Mína. Laurita Vaz, 3ª Seção, p. no DJU de 11-12-2007, p. 170).

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. PENAL E PROCESSO PENAL. SUBTRAÇÃO MEDIANTE TRANSFERÊNCIA IRREGULAR DE VALORES DEPOSITADOS EM CONTA BANCÁRIA DA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. FRAUDE VIA INTERNET. FURTO QUALIFICADO. CONSUMAÇÃO. SUBTRAÇÃO DO NUMERÁRIO. CONTA-CORRENTE DE ORIGEM. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL DE SANTA CATARINA, O SUSCITADO.

1. Embora esteja presente tanto no crime de estelionato, quanto no de furto qualificado, a fraude atua de maneira diversa em cada qual. No primeiro caso, é utilizada para induzir a vítima ao erro, de modo que ela própria entrega seu patrimônio ao agente. A seu turno, no furto, a fraude visa burlar a vigilância da vítima, que, em razão dela, não percebe que a coisa lhe está sendo subtraída.

2. Na hipótese de transações bancárias fraudulentas, onde o agente se valeu de meios eletrônicos para efetivá-las, o cliente titular da conta lesada não é induzido a entregar os valores ao criminoso, por qualquer artifício fraudulento. Na verdade, o dinheiro sai de sua conta sem qualquer ato de vontade ou consentimento. A fraude, de fato, é utilizada para burlar a vigilância do Banco, motivo pelo qual a melhor tipificação dessa conduta é a de furto mediante fraude.

3. O Processo Penal brasileiro adotou, para fins de fixação da competência em matéria penal, a teoria do resultado, segundo a qual é competente para apurar infração penal, aplicando a medida cabível ao agente, o juízo do foro onde se deu a consumação do delito, ou onde o mesmo deveria ter se consumado, na hipótese de crime tentado.

4. No crime de furto, a infração consuma-se no local onde ocorre a retirada do bem da esfera de disponibilidade da vítima, isto é, no momento em que ocorre o prejuízo advindo da ação criminosa.

5. No caso de fraude eletrônica para subtração de valores, o desapossamento da *res furtiva* se dá de forma instantânea, já que o dinheiro é imediatamente tirado da esfera de disponibilidade do correntista. Logo, a competência para processar e julgar o delito em questão é o do lugar de onde o dinheiro foi retirado, em obediência à norma do art. 70 do CPP.

6. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo Federal da Vara Criminal da Seção Judiciária do Estado de Santa Catarina, o suscitado, em conformidade com o parecer ministerial (CC n. 86.862/GO, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 3ª Seção, p. no DJU de 3-9-2007, p. 119).

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. FRAUDE ELETRÔNICA NA INTERNET. TRANSFERÊNCIA DE VALORES MANTIDOS EM CONTA CORRENTE SOB A GUARDA DA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. FURTO QUALIFICADO. CONSUMAÇÃO NO LOCAL DE SUBTRAÇÃO DO BEM.

1. Configura crime de furto qualificado a subtração de valores de conta corrente, mediante transferência bancária fraudulenta, sem o consentimento do correntista. Precedentes.

2. É competente o Juízo do local da consumação do delito de furto, qual seja, que se dá onde o bem é subtraído da vítima, saindo de sua esfera de disponibilidade.

3. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo Federal e Juizado Especial Criminal de Maringá, Seção Judiciária do Estado do Paraná, suscitante (CC n. 86241/PR, rela. Mina. Maria Thereza de Assis Moura, 3ª Seção, p. no DJU de 20-8-2007, p. 237).

Assim, em conformidade com o parecer do Ministério Público Federal e com os precedentes desta Corte citados, conhece-se do conflito para declarar a competência do Juízo Federal da Segunda Vara de Chapecó — Seção Judiciária de Santa Catarina, o suscitante.

É o voto.

HABEAS CORPUS

***Habeas Corpus* n. 92.845/SC (2007/0246998-4)**

Relator: Ministro Paulo Gallotti

Impetrantes: Leoberto Baggio Caon e outros

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina

Paciente: Rafael Luiz Cardenuto Junior (Preso)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PRISÃO EM FLAGRANTE. LIBERDADE PROVISÓRIA NEGADA. ALEGAÇÃO DE DECISÃO DESMOTIVADA. TESE NÃO EXAMINADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. *WRIT* NÃO CONHECIDO. AUTOS INSTRUÍDOS COM CÓPIA DA DECISÃO DO JUIZ. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. FALTA DE DEFESA TÉCNICA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA.

1. Para aferir a possibilidade de o paciente recorrer em liberdade, tendo em conta que ele foi preso em flagrante e foi mantida a custódia na sentença condenatória, deve ser avaliada a legalidade da decisão que indeferiu a liberdade provisória, o que não foi realizado pelo Tribunal de origem, vedada a supressão de instância.

2. Não sendo conhecido o *writ* originário ao fundamento de que o pedido não foi instruído com cópia do auto de prisão em flagrante, mas tendo sido carreada aos autos a decisão que indeferiu a liberdade provisória, este o provimento cuja motivação deve ser avaliada, impunha-se à Corte de origem o exame do mérito do pedido.

3. Inviável falar em falta de defesa técnica se o tema não foi apreciado pelo Tribunal de origem, sob pena de indevida supressão de instância, mostrando-se possível a renovação da impetração.

4. *Habeas corpus* parcialmente concedido, tão-só para determinar que o Tribunal de Justiça de Santa Catarina, quanto à alegada falta de fundamentação da decisão que indeferiu a liberdade provisória ao paciente, examine o mérito do pedido formulado no HC n. 2007.013029-4.

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, conceder parcialmente a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Nilson Naves e Hamilton Carvalhido votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, as Sras. Ministras Maria Thereza de Assis Moura e Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ/MG).

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nilson Naves.

Brasília (DF), 18 de março de 2008.

Ministro Paulo Gallotti

Relator

RELATÓRIO

Cuida-se de *habeas corpus* impetrado em favor de Rafael Luiz Cardenuto Júnior, apontado como autoridade coatora o Tribunal de Justiça de Santa Catarina, que não conheceu do *writ* ali manejado.

Extrai-se dos autos que o paciente foi preso em flagrante e condenado por tráfico de entorpecentes e associação para o tráfico, respectivamente, a 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime fechado, e a 3 anos e 6 meses de reclusão, em regime aberto, além de multa.

Buscam os impetrantes que o paciente aguarde em liberdade o julgamento do recurso que formulou em ataque à sentença condenatória, afirmando que não estão presentes os requisitos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal.

Alegam, ainda, ser nulo o processo por falta de defesa técnica, pois o antigo patrono do paciente não instruiu devidamente o *habeas corpus* deduzido em seu favor, além de ter apresentado alegações finais em peça que reputa deficiente, com ofensa ao princípio da ampla defesa.

Por fim, sustentam que o Tribunal de origem, ao deixar de analisar o *writ* ali manejado, violou os artigos 5º, XXXV, e 93, IX, da Constituição Federal, pois "os Tribunais têm recursos humanos e necessários para aferir todas as dúvidas e falta de documentos em caso de *habeas corpus*".

Indeferida a liminar (fls. 392-393), o Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem.

VOTO

Este o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça:

Verifica-se, inicialmente, que não há como se conhecer do alegado constrangimento ilegal decorrente da instauração de processo-crime contra o paciente.

Ocorre que não foi juntada aos autos cópia da exordial acusatória, bem como do auto de prisão em flagrante e demais elementos que comprovem as alegações deduzidas, o que inviabiliza qualquer análise por parte desta Câmara acerca da sustentada ausência de justa causa para a deflagração e continuidade da ação penal.

Como se sabe, em sede de *habeas corpus*, a prova é de regra pré-constituída e, conforme leciona Julio Fabbrini Mirabete, “impetração sem um mínimo de prova pré-constituída que demonstre ao julgador a veracidade do fato que o impetrante aponta como ilegal e que configuraria, pelo menos em tese, constrangimento indevido, não pode ser deferida” (*Processo penal*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 1998. p. 726).

[...]

Assim, e porque com a inicial não foi juntado documento essencial pelo impetrante com o propósito de comprovar a ventilada ausência de motivos para a deflagração da persecução penal contra o paciente, torna-se impossível aferir a existência do alegado constrangimento ilegal de que o mesmo estaria sendo vítima, não restando, por isso, outra solução senão não conhecer do remédio, no que toca a este tópico.

Quanto à pretendida liberdade provisória, não há igualmente como se conhecer do remédio constitucional ajuizado, posto que, apesar de o pedido vir instruído com a decisão que indeferiu o benefício, nota-se não ter sido anexado o respectivo auto de prisão em flagrante, peça indispensável para se aferir pela procedência ou não do pleito heróico.

E, nesses casos, entende este Tribunal pelo não-conhecimento do pedido, em face de instrução deficiente, veja-se:

[...]

Pelo que, também quanto a este ponto, o *writ* não é de ser conhecido.

Por todo o exposto, a Câmara não conhece do pedido (fls. 14-16).

Com relação à pretensão de recorrer em liberdade, tendo em conta que o paciente foi preso em flagrante e a custódia foi mantida na sentença condenatória, deve ser avaliada a legalidade da decisão que indeferiu o pedido de liberdade provisória, o que não é possível realizar-se, agora, por esta Corte, sob pena de supressão de instância, porque o Tribunal de origem deixou de examinar o tema.

Na verdade, a Corte Estadual não conheceu do *writ* ali deduzido, no ponto, entendendo que o pedido estava deficientemente instruído, haja

vista não ter sido juntado o auto de prisão em flagrante, peça que reputou essencial à análise da pretensão posta.

Contudo, diante da afirmação do acórdão de que a decisão que indeferiu a liberdade provisória foi carreada aos autos, e sendo este o provimento cuja motivação deve ser avaliada, mostra-se evidente, a meu ver, o constrangimento ilegal, devendo a Corte de origem manifestar-se sobre o mérito do pedido.

Em outro enfoque, não é de falar em falta de defesa técnica, pois o argumento de que as alegações finais foram formuladas de forma deficiente — que certamente será objeto da apelação já interposta — não foi examinado pelo Tribunal de origem, vedada a supressão de instância, e a afirmação de que o *writ* originário não foi instruído de forma satisfatória, além de estar sendo aqui afastada, em parte, não se presta para reconhecer a alegada nulidade, notadamente diante da possibilidade de renovação da impetração.

Diante do exposto, concedo parcialmente o *habeas corpus*, tão-só para determinar que o Tribunal de Justiça de Santa Catarina, quanto à alegada falta de fundamentação da decisão que indeferiu a liberdade provisória ao paciente, examine o mérito do pedido formulado no HC n. 2007.013029-4.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL

Recurso Especial n. 966.086/SC (2007/0151888-0)

Relator: Ministro José Delgado

Recorrente: Mara Regina Hermes Petter

Advogados: Vinícius Marcelo Borges e outros

Recorrido: Estado de Santa Catarina

Procuradores: Osmar José Nora e outros

EMENTA

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. INGRESSO EM CARGO DE SERVENTIA CARTORÁRIA, APÓS A VIGÊNCIA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988, SEM CONCURSO PÚBLICO. ATO ADMINISTRATIVO QUE DECLARA A NULIDADE DO ATO. LEGALIDADE. ACÓRDÃO RECORRIDO EM SINTONIA COM A JURISPRUDÊNCIA DESTE SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

1. Cuida-se de recurso especial fundado nas alíneas *a* e *b* do permissivo constitucional, interposto em autos de ação ordinária declaratória de direitos, cumulada com pedido de anulação de ato jurídico e reintegração ao cargo de Escrivã da Escrivania de Paz de Peritiba, comarca de Concórdia/SC. O acórdão atacado, em síntese, confirmando a sentença (fls. 159-160), afirmou que, em se tratando de delegação de titularidade de cartório extrajudicial, realizada após a vigência da Constituição Federal, não há falar de prescrição no sentido de que se impossibilite a desconstituição do ato. Isso porque, nesse caso, indispensável a realização de concurso público, não sendo possível de convalidação ato administrativo nulo. A recorrente, por sua vez, busca ver assentada a tese de que o mandado de segurança antes ajuizado não induz a

litispêndência com a ação declaratória posta nos autos. Afirma que a ocorrência da prescrição consolidou o direito à titularidade do cartório em seu favor, apesar de a investidura nesse cargo ter ocorrido após a vigência da Constituição Federal de 1988. Assim, em essência, alega-se em recurso especial: a — foram violados os artigos 267, V; 301, VI, § 3º; e 535, I e II, do CPC; 1º do Decreto n. 20.910/32; 1º da Lei n. 9.873/99; e 54 da Lei n. 9.784/99; b — a sentença e o acórdão incidiram em equívoco, porquanto a ação não poderia ter sido extinta sem resolução do mérito, já que não ocorrerá a litispêndência e a coisa julgada, uma vez que o mandado de segurança antes apreciado se limitou a apontar a falta de amparo legal para a decretação de nulidade do ato de nomeação, por ter sido amparado em efeitos abstratos de decisão do STF e, também, a prática de cerceamento de defesa; c — verificada a efetivação da recorrente no cargo em referência em 18-2-1998, e sendo expedido o ato anulatório pelo Presidente do Tribunal de Justiça em 18-2-1998, é certo que se verificou a prescrição no que toca à pretensão de a Administração Pública rever os seus atos.

2. Ao que se constata, o pedido recursal não merece amparo, porquanto os elementos de direito consignados no acórdão, que se busca desconstituir, estão em perfeito alinhamento com entendimento que esta Corte Superior emprega ao tema. Nesse sentido, é certo que os atos administrativos de delegação com fim de investidura no cargo de titular de serventia cartorária pressupõem, necessariamente, a realização de concurso público. Na hipótese dos autos, está evidenciado que esse requisito não foi observado, porquanto a ocupação do cargo de Escrivã da Escrivania de Paz de Peritiba, comarca de Concórdia/SC, pela parte recorrente, não foi precedida do indispensável certame público.

3. Cumpre anotar, por relevante, que, embora as razões de recurso asseverem que o tema litigioso tratado nos autos consiste somente em apontada ofensa aos dispositivos indicados (267, V;

301, VI, § 3º; e 535, I e II, do CPC; 1º do Decreto n. 20.910/32; 1º da Lei n. 9.873/99; e 54 da Lei n. 9.784/99), é certo que a comprovada inexistência da realização de concurso público para o cargo indicado, questão cujo tratamento fundamentou o acórdão recorrido, constitui óbice intransponível ao acolhimento do pedido, que é, em verdade, não apenas o reconhecimento da prescrição, mas também declaração de nulidade do ato administrativo que invalidou a nomeação e investidura da suplicante (teor do recurso especial, fl. 301: *reconhecendo a ocorrência da prescrição e da preclusão do direito da Administração rever o Ato n. 423/90, bem como, declarar nulo, de pleno direito, o Ato de Invalidação n. 166*), pelo que se pretende o próprio direito de fundo, principal. Isso confronta com a jurisprudência desta Corte Superior. Precedentes: AgRg no REsp. n. 963.716/SC, DJ 25-9-2007, rel. Min. Francisco Falcão; RMS n. 17.202/RS, DJ 10-4-2006, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima; RMS n. 20.920/BA, DJ 1º-8-2006, rel. Min. Paulo Medina (prescrição); REsp. n. 311.044/RJ, DJ 23-9-2002, rel. Min. Fernando Gonçalves.

4. Conforme expresso na sentença e no acórdão, o mandado de segurança antes formulado pretendia obter, rigorosamente, as mesmas declarações e providências: a restauração do ato que se teve por nulo e a reintegração da recorrente ao precitado cargo público.

5. Recurso especial não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Luiz Fux, Teori Albino Zavascki e Denise Arruda (Presidenta) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Falcão.

Brasília (DF), 1º de abril de 2008.

Ministro José Delgado

Relator

RELATÓRIO

Cuida-se de recurso especial fundado nas alíneas *a* e *b* do permissivo constitucional, interposto em autos de ação ordinária declaratória de direitos, cumulada com pedido de anulação de ato jurídico e reintegração de cargo, apresentando o acórdão recorrido a ementa seguinte (fl. 265):

ADMINISTRATIVO. EFETIVAÇÃO EM SERVENTIA EXTRA-JUDICIAL. VACÂNCIA DO CARGO OCORRIDA APÓS A VIGÊNCIA DA CF/88. OBRIGATORIEDADE DE CONCURSO PÚBLICO. COISA JULGADA. MATÉRIA DECIDIDA EM MANDADO DE SEGURANÇA. RECURSO IMPROVIDO.

À fl. 261 a lide está assim resumida:

Cuida-se de Ação Ordinária Declaratória de Direitos, cumulada com o Pedido de Anulação de Ato Jurídico e Reintegração de Cargo proposta por Mara Regina Hermes Petter contra o Estado de Santa Catarina, objetivando, à vista dos institutos da prescrição e da preclusão, com invocação do Decreto-Lei n. 20.910, de 6 de janeiro de 1932 e da Lei n. 9.873, de 23 de novembro de 1999, bem como do art. 6º, § 3º; do ADCT da Constituição Estadual, a desconstituição do Ato n. 166, da lavra do Presidente do Tribunal de Justiça, que declarou nulo o Ato n. 423, expedido pela autoridade que lhe antecedeu na administração, reconhecida a inconstitucionalidade do art. 14 do ADCT da Carta Estadual, e em conseqüência declarou vago o cargo de Tabelião do Tabelionato de Notas da comarca de Piçarras.

Julgada extinta a ação, porque reconhecida a incidência da coisa julgada (CPC, art. 267, V), pretende a autora a revisão do julgado com o provimento do pedido de fundo.

Ouvida a Procuradoria-Geral de Justiça, opinou esta pelo conhecimento e desprovimento do apelo.

Em recurso especial, em síntese, alega-se:

a — foram violados os artigos 267, V; 301, VI, § 3º; e 535, I e II, do CPC; 1º do Decreto n. 20.910/32; 1º da Lei n. 9.873/99; e 54 da Lei n. 9.784/99;

b — a sentença e o acórdão incidiram em equívoco, porquanto a ação não poderia ter sido extinta sem resolução do mérito, já que não ocorrerá a litispendência e a coisa julgada, uma vez que o mandado de segurança antes apreciado se limitou a apontar a falta de amparo legal para a decretação de nulidade do ato de nomeação, por ter sido amparado em efeitos abstratos de decisão do STF e, também, a prática de cerceamento de defesa;

c — verificada a efetivação da recorrente no cargo em referência em 18-2-1998, e sendo expedido o ato anulatório pelo Presidente do Tribunal de Justiça em 18-2-1998, é certo que se verificou a prescrição no que toca à pretensão de a Administração Pública rever os seus atos.

O recurso especial foi admitido pela decisão de fls. 506-507, somente pelo artigo 301, V e § 3º, do CPC.

Às fls. 509-510 consta decisão inadmissória de recurso extraordinário.

VOTO

Cuida-se de recurso especial fundado nas alíneas *a* e *b* do permissivo constitucional, interposto em autos de ação ordinária declaratória de

direitos, cumulada com pedido de anulação de ato jurídico e reintegração de cargo.

O acórdão atacado, confirmando a sentença que extinguiu a ação sem resolução do mérito, registrou que, em se tratando de delegação de titularidade de cartório extrajudicial realizada após a vigência da Constituição Federal, não há falar de prescrição no sentido de que se impossibilite a desconstituição do ato. Isso porque, nesse caso, indispensável a realização de concurso público. Impossível a convalidação do ato que se pretende ver restaurado — baseado em dispositivo inconstitucional —, porquanto eivado de nulidade absoluta, não sendo aplicável em decorrência o instituto da prescrição.

A recorrente, por sua vez, busca ver assentada a tese de que o mandado de segurança antes ajuizado não induz a litispendência com a ação declaratória posta nos autos. Afirma que a ocorrência da prescrição consolidou o direito à titularidade do cartório em seu favor, apesar de a investidura nesse cargo ter ocorrido após a vigência da Constituição Federal de 1988.

Ao que se constata, o pedido recursal não merece amparo, porquanto os elementos de direito consignados no acórdão, que se busca desconstituir, estão em perfeito alinhamento com entendimento que esta Corte Superior emprega ao tema.

Nesse sentido, é certo que os atos administrativos de delegação com fim de investidura no cargo de tabelião de serventia cartorária pressupõem, necessariamente, a realização de concurso público. Confirmam-se, entre outros, os precedentes indicados:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. SERVENTIA EXTRAJUDICIAL. VACÂNCIA DE CARGO OCORRIDA APÓS A VIGÊNCIA DA CF/88. IMPRESCINDIBILIDADE DE CONCURSO PÚBLICO. JULGAMENTO DE ANTERIOR MANDADO DE SEGURANÇA COM MESMAS PARTES, CAUSA DE

PEDIR E PEDIDO DA DEMANDA EM APREÇO. REVISÃO DE PRESSUPOSTOS INVIÁVEL, *IN CASU*, ANTE A APLICABILIDADE DA SÚMULA N. 7/STJ. NO MAIS, ACÓRDÃO *A QUO* ASSENTADO EM FUNDAMENTOS DE ÍNDOLE CONSTITUCIONAL. RECURSO ESPECIAL INADMISSÍVEL.

I — O acórdão ora hostilizado expressou claramente que há a coisa julgada na hipótese, tendo em vista a identidade de partes, pedido e causa de pedir e que, além disso, o fato da anterior ação ajuizada cuidar-se de mandado de segurança não impede tal conclusão.

II — Assim sendo, não prescinde a análise da violação sustentada do reexame fático-probatório dos autos, na medida em que a agravante argumenta não se estar diante de ações com mesma causa de pedir, ao passo que o acórdão ordinário, soberano no apreciar de fatos e provas, assevere o contrário.

III — E, partindo-se do pressuposto de que as ações possuem identidade de partes, fundamentos jurídicos e de pedidos, outra conclusão não se faz possível, na hipótese, senão a de que em harmonia o Tribunal *a quo* com a jurisprudência desta colenda Corte sobre o tema (cf. REsp. n. 746.685/RS, Primeira Turma, DJ de 7-11-2006).

IV — No mais, o acórdão ora hostilizado encontra-se alicerçado em fundamentos de índole constitucional, insuscetíveis de revisão na via angusta do recurso especial, *ex vi* do inciso III do artigo 105 da Constituição Federal. Veja-se: "*Tendo, outrossim, a vacância do cargo ocorrido em 4-2-91 (fl. 65), portanto, após a vigência da CF/88, não incidindo a regra do art. 208 da CF/69, obrigatória a adoção de concurso público para ocupação da vaga (STJ, AgRg no RMS n. 17423, RMS n. 14568, RMS n. 14267, RMS n. 14010, e STF RE n. 191794 e RE n. 201666), não havendo como aceitar-se a aplicação do instituto da prescrição ou da preclusão, como já pontificado, reiteradamente por esta Corte. Ademais, sendo uma exigência constitucional o concurso para ingresso na atividade notarial e de registro há que preponderar o princípio da legalidade sobre o da segurança jurídica, não sendo a eventual boa-fé da autora da causa suficiente para inverter esta ordem de idéia [...]*".

V — Agravo regimental improvido (AgRg no REsp. n. 963.716/SC, DJ 25-9-2007, rel. Min. Francisco Falcão).

DIREITO ADMINISTRATIVO. ATO ADMINISTRATIVO NULO. IMPRESCRITIBILIDADE. DECRETO 20.910/32 — ART. 1º.

1. Não se pode levar na devida linha de conta a tese da prescrição quinquenal (art. 1º do Decreto n. 20.910/32), em se tratando de ato administrativo nulo, porquanto, nestas condições, "*o decurso do tempo não convalida o que nasceu inválido*". Precedentes.

2. Recurso especial conhecido (REsp. n. 311.044/RJ, DJ 23-9-2002, rel. Min. Fernando Gonçalves).

ADMINISTRATIVO. SERVIÇO NOTARIAL E REGISTRAL. REMOÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE PRÉVIA APROVAÇÃO EM CONCURSO. ART. 236, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. RECURSO ORDINÁRIO CONHECIDO E IMPROVIDO.

1. O ingresso na atividade notarial e de registro, tanto na hipótese de provimento inicial quanto na de remoção, depende de prévia aprovação em concurso público de provas e títulos, conforme previsto no art. 236, § 3º, da Constituição Federal.

Precedentes.

2. Recurso ordinário conhecido e improvido (RMS n. 17.202/RS, DJ 10-4-2006, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima).

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA — 1º TABELIONATO DE NOTAS DA COMARCA DE VITÓRIA DA CONQUISTA (BA) — INVESTIDURA DO TITULAR A TÍTULO PRECÁRIO APÓS A CONSTITUIÇÃO DE 1988 — NECESSIDADE DE INVESTIDURA POR MEIO DE CONCURSO PÚBLICO — IMPOSSIBILIDADE DE SE CONCEDER A TITULARIDADE EM CARÁTER DEFINITIVO — RECURSO DESPROVIDO.

1. Quando a vacância dos serviços notariais e de registros se dá após a promulgação da Constituição da República de 1988, a titularidade da serventia só pode ser concedida em caráter definitivo, com a observância da regra prevista no art. 236, *caput* e § 3º, CR/88, ou seja, com a investidura por meio de concurso público de provas ou de provas e títulos. Precedentes.

2. Inaplicabilidade do art. 32 do ADCT, que corresponde à regra de transição, cujo intuito é respeitar o direito adquirido dos notários e registradores que tenham recebido suas serventias antes da promulgação da Constituição de 1988.

3. Recurso desprovido (RMS n. 20.920/BA, DJ 1º-8-2006, rel. Min. Paulo Medina).

Na hipótese dos autos, está evidenciado que tal requisito não foi observado, porquanto a ocupação do cargo de Escrivã da Escrivania de Paz de Peritiba, comarca de Concórdia/SC, pela parte recorrente, não foi precedida do indispensável certame público.

Cumpra anotar, por relevante, que, embora as razões de recurso asseverem que o tema litigioso tratado nos autos consista somente em apontada ofensa aos dispositivos indicados (267, V; 301, VI, § 3º; e 535, I e II, do CPC; 1º do Decreto n. 20.910/32; 1º da Lei n. 9.873/99; e 54 da Lei n. 9.784/99), é certo que a comprovada inexistência da realização de concurso público para o cargo indicado, questão cujo tratamento fundamentou o acórdão recorrido, constitui óbice intransponível à concessão do recursal, que é, em verdade, não apenas o reconhecimento da prescrição, mas também declaração de nulidade do ato administrativo que invalidou a nomeação e investidura da suplicante (teor do recurso especial fl. 301: *reconhecendo a ocorrência da prescrição e da preclusão do direito da Administração rever o Ato n. 423/90, bem como declarar nulo, de pleno direito, o Ato de Invalidação n. 166*), pelo que se pretende o próprio direito de fundo, principal. Essa tese, como antes exposto, confronta com a jurisprudência desta Corte Superior.

Nessa ótica, do acórdão atacado, vale extrair as seguintes razões (fls. 266-267):

Esta Corte de Justiça, por conta de reiterados julgamentos, firmou entendimento uníssono no sentido do reconhecimento da presença do instituto da coisa julgada (AC n. 2005.028602-1, 2005.029533-6 e 2005.031278-0), aliás, forte em precedente do STJ no sentido de que

o fato de se tratar de ação mandamental não impede o acolhimento da litispêndência ou coisa julgada, pois o que importa além da identidade de partes, pedido e causa de pedir, é que ambas as ações conduzam ao mesmo resultado, pouco importando se os ritos das ações são diversos (Edcl no AgRg no MS n. 8483/DF, Min. Luiz Fux).

É que, reconhecida a inconstitucionalidade do art. 14 do ADCT da Constituição do Estado, com efeitos *ex tunc* (STF, ADIn n. 363-1 e 1.573-7), a desconstituição dos atos que nele encontravam a sua causa exclusiva era necessária consequência (STJ, ROMS n. 10.783/SC).

Tendo, outrossim, a vacância do cargo ocorrido em 8-11-89 (fl. 68), portanto, após a vigência da CF/88, não incidindo a regra do art. 208 da CF/69, obrigatória a adoção de concurso público para ocupação da vaga (STJ, AgRg no RMS n. 17.423, RMS n. 14.568, RMS n. 14.267, RMS n. 14.010, e STF, RE n. 191.794 e RE n. 201.666), não havendo aceitar a aplicação do instituto da prescrição ou da preclusão, como já pontificado, reiteradamente por esta Corte, nos precedentes suso mencionados.

Ademais, sendo uma exigência constitucional o concurso para ingresso na atividade notarial e de registro, há que preponderar o princípio da legalidade sobre o da segurança jurídica, não sendo a eventual boa-fé da autora causa suficiente para inverter essa ordem de idéia. Vige a orientação segundo a qual o decurso do tempo não convalida o que nasceu inválido (STJ, REsp. n. 311.044).

O Excelso Pretório, diga-se, não tem transigido em torno da necessidade da observância do princípio constitucional do concurso público, o quanto basta para rechaçar a iniciativa da autora e de tantos outros agraciados por um texto de indiscutível inconstitucionalidade (RTJ n. 132/61, 149/419, 156/37, 161/831, 165/684, 184/1.167, 189/908 e 190/13, ADIn n. 1.230/DF).

Ao arremate, invoca-se, de precedente da lavra do eminente Des. Luiz César Medeiros: Não poderia agora o recorrente trazer fundamento novo para tentar dar vida ao ato administrativo expressamente declarado como natimorto. Se nunca teve validade jurídica, a efetivação no cargo jamais existiu. Incontável, pois, a arguição de prescrição. O mesmo se aplica à preclusão e à invocação de malferimento ao art. 6º, § 3º, do ADCT da Constituição do Estado, esta última, inclusive, norma dirigida aos servidores públicos *strictu sensu* – aos notários, servidores *latu*

sensu, como visto, foi dedicada norma específica, a do art. 14 — e de inconstitucionalidade também manifesta (ADI n. 208-2 e 125-6).

III. DECISÃO

Diante do exposto, à unanimidade, nega-se provimento ao recurso.

Portanto, conforme expresso na sentença e no acórdão, o mandado de segurança antes formulado pretendia obter, rigorosamente, a mesma declaração e resultado prático útil: a restauração do ato que se teve por absolutamente nulo e a reintegração da recorrente ao precitado cargo público.

Pelo exposto, ratificando integralmente o teor do acórdão recorrido, nego provimento ao pedido inscrito no presente recurso especial.

É o voto.

**TRIBUNAL DE JUSTIÇA
DE SANTA CATARINA**

GRUPO DE CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

AGRAVO DE INSTRUMENTO

Agravo de Instrumento n. 2006.036983-0, da Capital

Relatora: Desa. Subst. Sônia Maria Schmitz

SAÚDE PÚBLICA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. COMPETÊNCIA SOLIDÁRIA. CHAMAMENTO AO PROCESSO DA UNIÃO.

Requerido na Justiça Estadual o chamamento da União ao processo, os autos devem ser remetidos à Justiça Federal, órgão jurisdicional competente para apreciar a intervenção postulada.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 2006.036983-0, da comarca da Capital (Unidade da Fazenda Pública), em que é agravante Maria Raulino Zunino, e agravado o Estado de Santa Catarina:

ACORDAM, em Grupo de Câmaras de Direito Público, por maioria de votos, conhecer e desprover o recurso. Custas na forma da lei.

RELATÓRIO

Maria Raulino Zunino interpôs agravo de instrumento contra decisão que, nos autos da Ação Ordinária de Cumprimento de Obrigação com Tutela Antecipada n. 023.06.023645-3, deferiu o chamamento da União ao processo e declinou a competência para a Justiça Federal. Defendendo o direito à saúde, à celeridade da prestação jurisdicional e o direito de

escolha do demandado, pugnou, a final, pela suspensão do *decisum* e pelo provimento do recurso (fls. 2-8).

Deferida a carga almejada (fls. 94-101), com as contra-razões (fls. 107-121), a Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo conhecimento e provimento do agravo de instrumento (fls. 131-133).

Conhecido o recurso, seu julgamento foi suspenso e os autos encaminhados ao Grupo de Câmaras de Direito Público (fls. 137-140).

VOTO

A CRFB/88, no seu art. 6º, dispõe ser a saúde direito social de todo e qualquer cidadão brasileiro, sem distinção de cor, sexo, religião, classe social etc., e prevê, incisivamente, no seu art. 196, reproduzido pela Constituição Estadual no art. 153, que:

A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Convergindo neste prisma, preceitua o art. 6º da Lei n. 8.080/90, a qual regula o Sistema Único de Saúde – SUS, dispondo sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, bem como sobre a organização e o funcionamento dos serviços a ela correspondentes, que “estão incluídas ainda no campo de atuação do Sistema Único de Saúde (SUS): I – a execução de ações: [...] d) de assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica [...]”.

Deveras, o papel do Estado, aí entendidos seus três níveis de atuação, no atendimento desse princípio fundamental (direito à saúde), é de garantidor de políticas sociais e econômicas que assegurem o acesso universal e igualitário à saúde (art. 196, CRFB), atuando concomitantemente como agente regulador, fiscalizador e controlador do sistema de saúde (art. 197,

CRFB), e é certo que o próprio texto constitucional, reforçado pela legislação infraconstitucional, não exclui a participação da comunidade (art. 198, III), criando mecanismos de cooperação entre as entidades públicas e o setor privado, de forma que a consecução das políticas públicas de assistência médico-farmacêutica se efetue indistintamente, observadas as particularidades regionais e sociais da população.

O Sistema Único de Saúde é, segundo a própria Constituição, financiado, “nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes” (art. 198, § 1º), ou seja, implementado com cooperação técnica e financeira intergestores que envolve aquisição direta e transferência de recursos, assim como orientação e assessoramento aos processos de aquisição, efetivados em conformidade com a realidade epidemiológica, a qual compreende doenças do tipo crônico-degenerativas, morbimortalidade (decorrente da violência, especialmente homicídios e acidentes de trânsito) e outras que ressurgem, como a cólera, a dengue, a malária, a tuberculose, as sexualmente transmissíveis e a AIDS. A par disso, o envelhecimento populacional, o aumento na expectativa de vida ao nascer e os agravos que requerem medicamentos de alto custo ou de uso contínuo vêm gerando novas demandas e constante adequação e transformação do sistema de saúde.

Embora se esforce, a estrutura estatal não conseguiu ainda atender com eficiência à universalidade dos reclamos dos cidadãos e às mais diversas morbidades, circunstância que tem provocado o fenômeno da “Judicialização dos medicamentos”, entendido como a provocação e atuação do Judiciário na efetivação da assistência médico-farmacêutica, conferindo-se efetividade ao direito fundamental à saúde.

Ocorre que a análise desse tema requer temperança, porquanto deve-se coadunar com as demais garantias constitucionais e legais que favorecem

o Estado, especialmente com a metodologia orçamentária, extraindo-se da judicialização um efeito prático mais eficiente, quer à Administração, quer às urgências sociais.

Nesse pensar, a aplicabilidade das normas de regulação do Sistema Único de Saúde deve pautar-se pelos critérios do princípio da proporcionalidade que induzem certamente à necessária repartição do ônus que envolve o fornecimento dos medicamentos, sob pena de inviabilizar a própria estrutura de atendimento, certo que a União é parte mais aquinhoadada com os aportes financeiros destinados à aquisição farmacêutica do que os Estados e Municípios.

É indiscutível que a União promove os repasses de numerários para os Estados adquirirem medicamentos que constam da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais – Rename, ou do Protocolo dos Medicamentos de Dispensação Excepcional (Portaria n. 2.577/06). Contudo, o gestor federal se exime nos casos de aquisição e distribuição de fármacos em situações especiais. Dito de outro modo, a União, embora co-gestora, não transfere ao Estado de Santa Catarina os recursos para concessão de medicamentos não padronizados para tratamento de doenças que tenham ou não transcendência, vulnerabilidade ou repercussão na saúde pública, afetando a qualidade de vida da população catarinense.

Por isso, o Estado de Santa Catarina e os seus Municípios, demandados em ações que veiculam a dispensação de medicamentos não padronizados pelo SUS, vêm reclamando a intervenção processual da União, na forma de chamamento ao processo, argumentando que a solidariedade plena prevista no art. 196 da Constituição Federal não é respeitada, de sorte que, para implementar a política de acesso a medicamentos excepcionais pela população catarinense, arcam sozinhos com todos os custos de seu fornecimento, situação que repercute negativamente na própria estrutura do sistema.

Essa circunstância alerta para a necessidade de repensar o acolhimento da intervenção da União ao processo, que intermitentemente tem sido afastada nas ações que cuidam de matéria referente à saúde, sob o argumento de que o chamamento ao processo revoga o regime da solidariedade, contemplado nos arts. 264 e 275 do Código Civil, inviabilizando, dessa forma, a garantia de se exigir a totalidade da obrigação de apenas um dos co-responsáveis, elasticendo a duração da causa em detrimento dos interesses do autor.

Nada obstante, o fato é que ao Judiciário não é dado permanecer indiferente à deficiência do sistema de divisão da responsabilidade assistencial entre os entes federados, negando a intervenção de terceiros, para prestigiar o direito processual em desfavor do direito material e da asseguuração da funcionabilidade e eficiência das políticas públicas do Sistema Único de Saúde.

Portanto, há que “[...] reconhecer o verdadeiro lugar do chamamento ao processo, compatibilizando-o com o instituto de direito material da solidariedade [...]”; basta para tanto que não se misture “[...] a ação principal com a secundária de chamamento ao processo [...]”, pois

com isso resguarda-se o instituto da solidariedade, propiciando que o credor cobre de apenas um dos co-devedores solidários (o que ele, credor, escolheu pagar) a totalidade da dívida, como fora de sua vontade ao mover ação contra apenas um deles, mas facilita-se a situação daquele que pagar, que pode reaver dos demais co-devedores suas cotas de responsabilidade conforme fixado na sentença. Assim, dá-se ao processo o seu verdadeiro papel de instrumento de realização do direito material (NERY JÚNIOR, Nelson. NERY; Rosa Maria de Andrade. Código de processo civil e legislação extravagante. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 297-298).

Ademais, se é certo que qualquer um dos intergestores pode ser demandado para cumprir a obrigação constitucional, não é menos certo que o chamado à responsabilidade esteja impedido de convocar os demais

coobrigados para obter uma sentença que pode ser executada contra qualquer um deles ou para, como obrigado principal, reaver o que lhe coube pagar (LEVENHAGEN, Antônio José de Souza. *Código civil*: comentários didáticos. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1995. v. 1, p. 97).

A propósito do tema, colhe-se da jurisprudência deste Tribunal:

Solidária a responsabilidade da União, do Distrito Federal, dos Estados-membros e dos Municípios pelo fornecimento do medicamento, abre-se um leque de opções ao enfermo, a quem assiste o direito de escolher qualquer um deles para figurar no pólo passivo da lide.

Em contrapartida, ao devedor demandado, diante da solidariedade, é facultado o chamamento ao processo dos demais coobrigados pelo cumprimento da obrigação, de modo a fazê-los também responsáveis pelo resultado do feito (artigo 77, inciso III, do CPC) (Ap. Cív. n. 2007.062274-2, de Itá, rel. Des. Vanderlei Romer).

Nesse viés, requerida a intervenção da União na relação processual, o juiz federal é quem detém a competência para apreciar essa postulação, segundo regra expressa no art. 109, I, da CRFB:

Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:

I — as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho.

O Superior Tribunal de Justiça, aliás, em decisão proferida recentemente no Conflito de Competência n. 89.271-SC, em que foi relator o Ministro Teori Albino Zavascki, reafirmou a função jurisdicional do ente federal relativamente à temática, dispondo que:

A teor da Súmula 150/STJ, compete à Justiça Federal decidir sobre a existência de interesse jurídico que justifique a presença, no processo, da União, suas autarquias ou empresas públicas. A orientação é aplicável qualquer que seja a forma de intervenção de ente federal na relação processual, inclusive por chamamento ao

processo, nomeação à autoria e denunciação da lide. Precedentes (j. 14-11-07, DJU 10-12-07).

E, do corpo do aresto, extrai-se:

Portanto, requerido, perante a Justiça Estadual, o chamamento ao processo de ente federal, os autos devem ser remetidos à Justiça Federal, competente para apreciar o pedido. Deferido o chamamento, firma-se a competência federal para prosseguir na demanda. Em caso de indeferimento, não remanescendo no processo nenhum ente federal, os autos deverão retornar à Justiça Estadual, independentemente de suscitação de conflito de competência.

3. No caso, ao Tribunal de Justiça Estadual sequer competia decidir fazer juízo sobre o pedido de chamamento da União. Tendo o Juízo Federal, bem ou mal, deferido a intervenção da União no processo, afirma-se a competência da Justiça Federal, nos termos do art. 109, I, da CF/88.

Assim, pugnando o réu pelo chamamento da União ao processo, a remessa dos autos à Justiça Federal é inafastável, haja vista a sua competência para a análise da intervenção postulada.

Diante do exposto, vota-se pelo conhecimento e desprovimento do agravo de instrumento.

DECISÃO

Nos termos do voto da Relatora, o Grupo de Câmaras de Direito Público, por maioria de votos, decidiu conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

O julgamento, realizado no dia 14 de maio de 2008, foi presidido pelo Exmo Sr. Des. Orli Rodrigues, com voto vencedor, e dele participaram, também com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Newton Trisotto, Luiz César Medeiros, Vanderlei Romer, Rui Fortes, Cesar Abreu, Cid Goulart e Paulo Henrique Moritz Martins da Silva. Vencidos os Exmos. Srs. Des. Cláudio Barreto Dutra, Jaime Ramos e Jânio Machado.

Florianópolis, 22 de julho de 2008.

Sônia Maria Schmitz
RELATORA

Declaração de voto vencedor do Exmo. Sr. Des. Luiz César Medeiros

1. Defendo a responsabilidade solidária dos entes públicos das três esferas da federação para a prestação dos serviços públicos referentes à saúde, afigurando-se possível ao necessitado exigir a satisfação da pretensão de qualquer um deles, em conjunto ou separadamente. A conclusão deflui da interpretação sistemática do texto constitucional.

A Constituição Federal, no inciso II do art. 23, estabelece a competência comum dos entes públicos para resguardar o direito à saúde, assistência, proteção e garantia às pessoas portadoras de deficiência. Já no art. 196 estabelece a premissa de que a saúde é direito de todos e dever do Estado. No art. 198, § 1º, o referido Diploma Legal esclarece que o Sistema Único de Saúde recebe recursos da União, dos Estados-membros, do Distrito Federal e dos Municípios. Por fim, o art. 241 da Magna Carta dispõe sobre a gestão associada entre os entes federados.

Essa interpretação chancela a possibilidade de direcionamento da ação judicial contra os entes federativos em conjunto ou separadamente, havendo para com o Estado-membro apenas litisconsórcio passivo facultativo.

Demais, o simples chamamento da União ao processo não implicaria a necessidade imperativa de remessa dos autos à Justiça Federal. A intervenção de terceiros tem como finalidade principal a celeridade e efetividade da

prestação jurisdicional, de modo que não é recomendável o atendimento do pleito formulado pelo requerido quando importar deslocamento da competência jurisdicional, pois a medida acabaria confrontando com a própria finalidade útil do remédio processual.

Por fim, a inaplicabilidade da Súmula 150 do Superior Tribunal de Justiça dava-se porque a União não tinha manifestado nenhum tipo de interesse no feito, ao contrário do que ocorria nas ações que originaram o dito verbete.

2. Não obstante, curvo-me ao entendimento sufragado pela Corte Superior, adotado também por este Órgão Fracionário no presente recurso, que utilizou como fundamento basilar o seguinte pronunciamento:

CONFLITO DE COMPETÊNCIA: AÇÃO DE PROCEDIMENTO COMUM MOVIDA CONTRA O ESTADO DE SANTA CATARINA. CHAMAMENTO AO PROCESSO DA UNIÃO. SÚMULA 150 DO STJ. ACOLHIMENTO DO PEDIDO PELA JUSTIÇA FEDERAL. INCLUSÃO DA UNIÃO FEDERAL NO PÓLO PASSIVO DA RELAÇÃO PROCESSUAL. ART. 109, I, DA CF/88. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL.

1. *A teor da Súmula 150/STJ, “compete à Justiça Federal decidir sobre a existência de interesse jurídico que justifique a presença, no processo, da União, suas autarquias ou empresas públicas”. A orientação é aplicável qualquer que seja a forma de intervenção de ente federal na relação processual, inclusive por “chamamento ao processo”, “nomeação de autoria” e “denúnciação da lide”. Precedentes.*

2. No caso, o Juízo Federal, acolheu pedido de “chamamento ao processo” da União, integrando-a no pólo passivo da demanda, o que afirma a competência da Justiça Federal, nos termos do art. 109, I, da CF/88.

3. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo Federal da 3ª Vara da Subseção Judiciária de Florianópolis — SC, o suscitante (CC n. 89.271/SC, Primeira Seção, Min. Teori Albino Zavascki, j. 14-11-2007, grifou-se).

E também em decisão monocrática:

ADMINISTRATIVO – PROCESSUAL CIVIL – CHAMAMENTO DA UNIÃO AO PROCESSO – COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL – ANULAÇÃO DO ACÓRDÃO RECORRIDO – RECURSO ESPECIAL PROVIDO (REsp. n. 1.045.517/SC, rel. Min. Humberto Martins).

3. Considerando, portanto, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça de ser aplicável a Súmula 150/STJ em caso de pedido de chamamento da União ao processo, em nome da segurança e estabilidade jurídicas, profilei-me à exegese pacificada e acompanhei o voto da eminente Relatora, apesar de estar convicto de que este posicionamento afronta o princípio da celeridade processual, uma vez que em se tratando de responsabilidade solidária, compete ao autor, no caso a agravante, e somente a ele decidir contra quem lhe seria conveniente demandar.

Luiz César Medeiros

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Jaime Ramos

Ementa Aditiva

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO – FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO – CHAMAMENTO AO PROCESSO DA UNIÃO E CONSEQÜENTE DESLOCAMENTO DA COMPETÊNCIA PARA A JUSTIÇA FEDERAL – PLEITO NÃO ATENDIDO.

Ocorrendo obrigação solidária das três esferas governamentais da Federação quanto à garantia de proteção à saúde dos cidadãos, a obrigação de fornecer medicamentos necessários e adequados poderá ser exigida de um ou de todos os entes, no caso dos autos, do Estado de Santa Catarina.

O chamamento de terceiro ao processo, em face da solidariedade da obrigação (CPC, art. 77, III), pressupõe a continuidade da tramitação do feito no mesmo órgão jurisdicional competente,

de modo que não se pode incluir pessoa que, pelo privilégio de foro, faça deslocar a jurisdição. Assim, proposta a ação contra o Estado de Santa Catarina, na Justiça Estadual, não cabe o chamamento da União ao processo, ante a impossibilidade de deslocamento da jurisdição.

Ousei discordar da douda maioria, não obstante o respeito que devo aos demais membros desta Câmara, por entender que, na hipótese dos autos, não é cabível o chamamento da União ao processo, bem como a remessa dos autos à Justiça Federal.

Não cabe o chamamento da União ao processo, não obstante o art. 77, inciso III, do Código de Processo Civil estabelecer a possibilidade de chamar ao processo “todos os devedores solidários, quando o credor exigir de um ou de alguns deles, parcial ou totalmente, a dívida comum”.

Sobre essa hipótese de intervenção de terceiros, colhe-se importante lição de Cândido Rangel Dinamarco:

O inc. III do art. 77 do CPC tem grande amplitude, ao admitir o chamamento ao processo “de todos os devedores solidários, quando o credor exigir de um ou de alguns deles, total ou parcialmente, a dívida comum”. Aplica-se a todos os casos de solidariedade passiva em obrigação de dar dinheiro ou coisas determinadas pelo gênero e quantidade, exceto aos descritos nos incisos precedentes, que são regidos por estes (art. 77, incs. I-II). Como em todas as hipóteses de chamamento ao processo, é sempre indispensável que os terceiros, a serem chamados, já fossem partes legítimas para a demanda inicial proposta pelo autor (*Instituições de direito processual civil*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005. v. 2, p. 418).

O chamamento ao processo tem por finalidade primordial convocar para o embate judicial pessoa que tem, juntamente com o devedor demandado, obrigação diante do autor pelo débito, razão pela qual é uma medida de suma importância para o réu/devedor, que aproximará dos efeitos da coisa julgada seus coobrigados.

Para Humberto Theodoro Júnior,

embora o chamamento ao processo não seja obrigatório, como a denunciação da lide, quando o réu lança mão do incidente, para obter título executivo contra devedor principal ou outros devedores solidários, não é permitido ao juiz denegar tal pretensão (*Curso de direito processual civil*. 44. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. 1, p. 156).

Não obstante, se na hipótese está-se diante de um litisconsórcio passivo facultativo, ao Juiz é conferido o poder de limitar a formação do litisconsórcio facultativo multitudinário se houver a possibilidade de retardar a tramitação do feito (art. 46, parágrafo único, do CPC), como é o caso dos autos, em que se busca defender a boa política processual norteadas pelos princípios da economia processual, celeridade do processo e da efetividade da prestação jurisdicional com a rápida solução do litígio, que é um dos princípios inscritos no rol de direitos fundamentais da Constituição (art. 5º, inciso LXXVIII, introduzido pela Emenda Constitucional n. 45, de 8-12-2004: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”).

Com a habitual maestria, o eminente Des. Francisco Oliveira Filho, na Apelação Cível n. 2006.016585-4, de São Lourenço do Oeste, julgada nesta Câmara em 4-7-2006 (DJSC de 31-7-2006), assim discorreu para negar o chamamento ao processo (art. 77, inc. III, do Código de Processo Civil) da União, do Estado ou do Município, em causa idêntica, relativa a fornecimento de medicamentos a paciente necessitado:

Não é possível acolher a tese aventada pelo Estado da necessidade de chamamento ao processo da União e do Município de Modelo. Isso porque, o art. 23, II, da Constituição Federal prescreve:

“Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

“II — cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência”.

O art. 198 da *Lex Fundamentalis* dispõe que as ações e serviços públicos de saúde estão integrados em uma rede regionalizada e hierarquizada, formando um sistema único.

Daí, conclui-se que a obrigação constitucionalmente garantida à proteção integral da saúde é de competência comum aos entes federados, havendo obrigação solidária entre eles na concessão de medicamentos, de modo que o enfermo pode exigir de qualquer um o cumprimento de tal prestação.

O Estado não pode se desonerar, negando sua responsabilidade patrimonial, pois, de igual maneira, o outro ente público adotaria esta postura. Uma vez demandado, deve garantir o direito à saúde e, conseqüentemente, à preservação da vida.

A respeito da matéria, colaciona-se precedente do Superior Tribunal de Justiça:

“É da competência solidária entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios a responsabilidade pela prestação do serviço de saúde à população, sendo o Sistema Único de Saúde composto pelos referidos entes, conforme pode se depreender do disposto nos arts. 196 e 198, § 1º, da Constituição Federal” (REsp. n. 656296/RS, Min. Francisco Falcão, D.J. 29-11-04).

No mesmo sentido:

“Sendo o SUS composto pela União, Estados-Membros e Municípios, é de reconhecer-se, em função da solidariedade, a legitimidade de passiva de quaisquer deles no pólo passivo da demanda” (REsp. n. 656.979/RS, Min. Castro Meira, D.J. 5-3-05).

Por fim:

“O funcionamento do Sistema Único de Saúde — SUS é de responsabilidade solidária da União, Estados-membros e Municípios, de modo que, qualquer dessas entidades têm legitimidade *ad causam* para figurar no pólo passivo de demanda que objetiva a garantia do acesso à medicação para pessoas desprovidas de recursos financeiros” (REsp. n. 771.537/RJ, rela. Mina. Eliana Calmon, DJ 3-10-2005).

Sendo assim, comprovada a competência comum dos entes federados na matéria, sendo possível a propositura da ação contra qualquer um deles, afasta-se a alegação de necessidade da União e do Município integrem a lide.

Colhe-se, ainda, da jurisprudência deste Tribunal:

Mandado de segurança. Ilegitimidade passiva. Chamamento ao processo. Competência administrativa concorrente.

Os entes federativos, em todas as suas esferas, possuem atribuição para assegurar a efetividade da saúde pública, cuja competência é concorrente entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios, cabendo-lhes o dever de encetar políticas pragmáticas prioritárias para atendê-la, dada a natureza e os reflexos sociais que a envolvem. Tampouco implica em chamamento ao processo do Estado de Santa Catarina, sob pena de frustrar o objetivo do legislador constituinte na tutela abrangente e irrestrita desse direito fundamental (TJSC, ACMS n. 2005.013778-0, de São José, rela. Desa. Subst. Sônia Maria Schmitz, julgada em 12-7-2005, DJSC de 21-7-2005).

Por outro lado, é evidente que o chamamento ao processo, como uma das modalidades de intervenção de terceiros, somente pode ser deferido se a competência para julgar tanto a ação principal quanto a lide secundária for do mesmo órgão jurisdicional.

Efetivamente, segundo os arts. 78 e 80 do Código de Processo Civil, o chamamento ao processo se dá para que o Juiz, no mesmo processo, declare as responsabilidades dos obrigados solidários e condene o terceiro chamado a satisfazer a cota que lhe cabe na dívida comum.

O art. 109 do mesmo Estatuto Processual estabelece que “o juiz da causa principal é também competente para a reconvenção, a ação declaratória incidente, as ações de garantia e outras que respeitam ao terceiro interveniente [...] São ações de garantia as que uma das partes da ação principal pretenda exercitar para fazer atuar o direito material de garantia perante um terceiro na eventualidade de sucumbência (Andrioli, *op. cit.* v. I, p. 147-150). Exemplo típico de ação de garantia é, pois, a denúncia

da lide (art. 70)” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 44. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. 1, p. 208). Da mesma forma, como uma das modalidades de intervenção de terceiros, o chamamento ao processo impõe o seu julgamento concomitantemente com a ação principal, pelo mesmo juiz.

Isso leva à conclusão de que não cabe o chamamento da União ao processo cuja competência originária é da Justiça Estadual, dada a impossibilidade de deslocamento da jurisdição para a Justiça Federal, que seria absolutamente competente para processar e julgar a causa secundária instaurada contra a União (art. 109, inciso I, da Constituição Federal de 1988), mas não a principal, instaurada somente contra o Estado.

O chamamento ao processo pressupõe, destarte, seu julgamento pelo mesmo juiz da causa principal, e não pode ocasionar o deslocamento da competência ou da jurisdição.

E mais: o autor não pode ser obrigado a assistir, de fora, ao embate entre o Estado réu e o terceiro chamado ao processo, que discutirão no mesmo feito a obrigação de ratear as despesas com o fornecimento do medicamento pleiteado por aquele. Então, em vez de se discutir o mérito do pedido inicial, em que se pleiteia o cumprimento de uma obrigação solidária dos entes federados, o processo na verdade servirá apenas para discutir a lide secundária, na qual o autor é mero expectador.

Nada impede que o Estado pleiteie, em ação regressiva própria, o ressarcimento da quota que na obrigação solidária cabe à União.

A rejeição do chamamento ao processo da União não configura ofensa à Súmula 150 do Superior Tribunal de Justiça ou irregularidade que possa provocar a nulidade do processo, visto que a obrigação solidária da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para proteger a saúde pública suscita litisconsórcio passivo facultativo, isto é, a participação desses entes federados não é obrigatória por serem solidários nesse dever

constitucional. A sentença, portanto, não trará nenhuma influência aos que ficaram de fora desta relação jurídico-processual. Assim, no desiderato de promover com eficiência a prestação jurisdicional, é correto o afastamento da preliminar, a fim de promover a rápida solução do litígio.

Não há dúvida de que, consoante a Súmula 150 do STJ, “compete à Justiça Federal decidir sobre a existência de interesse jurídico que justifique a presença, no processo, da União, suas autarquias ou empresas públicas”. Essa orientação, contudo, vale apenas para os casos em que a União e as demais entidades citadas já se apresentaram no processo que tramita na Justiça Estadual e querem participar dele. Tal se dá, *ad exemplum*, numa ação de usucapião em que a União é notificada para manifestar seu interesse no feito e comparece nos autos buscando sua participação. Em tal caso, resta ao Juízo Estadual remeter os autos à Justiça Federal para que ela decida a respeito. A hipótese de chamamento ao processo que está posta nestes autos é diferente: aqui nem a União, nem autarquia federal, nem empresa pública manifestaram interesse em participar dos autos. Esses entes ainda não se encontram no processo. O que há é o requerimento da parte demandada que busca o chamamento da União (e também do Município) ao processo ante a solidariedade na obrigação de proporcionar saúde à população. Escora seu pleito no art. 77, inciso III, do Código de Processo Civil. É óbvio que cabe ao Juízo Estadual decidir se chama ou não ao processo a União e o Município. Caso decida pelo chamamento, deve remeter os autos ao Juízo Federal competente, porque a partir de então já se antevê a participação do ente federal para o qual a Constituição, no seu art. 109, inciso I, garante competência.

Destarte, embora possível o chamamento da União ao processo a fim de responder pelos quinhões que lhe tocam na dívida comum, rejeita-se essa intervenção de terceiros em prol da celeridade processual e da rápida solução do litígio, até porque sua aceitação não pode importar em deslocamento da competência ou da jurisdição.

Em conseqüência, é despicienda a alegação de incompetência absoluta da Justiça Estadual para processar e julgar o feito, já que, pela ausência da União no pólo passivo da demanda (art. 109, inciso I, da Constituição Federal), não cabe defender a competência da Justiça Federal.

Com o devido respeito.

Jaime Ramos

O Desembargador Cláudio Barreto Dutra não declarou voto vencido.

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Jânio Machado

Ousei divergir da douta maioria pelas razões já deduzidas no voto do Exmo. Sr. Des. Jaime Ramos.

Jânio Machado

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

APELAÇÕES CÍVEIS

Apelação Cível n. 2004.035281-5, de Lages

Relator: Des. Subst. Joel Dias Figueira Júnior

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ABALO DE CRÉDITO. INSCRIÇÃO NO ROL DOS MAUS PAGADORES. DEVEDOR CONTUMAZ. AUSÊNCIA DE DANO. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS. RECURSO DESPROVIDO.

Não há obrigação de compensar pecuniariamente quando ausente o dano moral, porquanto provado nos autos que o devedor, à época da restrição creditícia objeto da pretensão deduzida em juízo, possuía diversas outras anotações pendentes em órgãos de proteção ao crédito.

Ocorre que a prática da inadimplência e a habitualidade em suportar esse tipo de constrangimento afastam os prejuízos de ordem extrapatrimonial alegadamente sofridos, com escopo manifesto em obter a indevida compensação pecuniária, porquanto inexistente qualquer prejuízo no caso concreto.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2004.035281-5, da comarca de Lages, em que é apelante Arlei Martins dos Santos e apelado Banco do Estado de Santa Catarina S.A. — Besc:

ACORDAM, em Primeira Câmara de Direito Civil, por votação unânime, negar provimento ao recurso. Custas legais.

RELATÓRIO

Arlei Martins dos Santos ajuizou ação de indenização por danos morais contra Banco do Estado de Santa Catarina S.A. — Besc pelos fatos e fundamentos jurídicos descritos na exordial de fls. 2-14, alegando, em síntese, que:

Possui conta-corrente sob n. 043.785-4, em agência pertencente ao réu, e a movimentava normalmente.

Ao tentar realizar compras no comércio local, foi impedido, pois seu nome estava inscrito no cadastro de maus pagadores. Assim, dirigiu-se até o SPC, onde obteve a informação de que a restrição foi realizada pelo réu no valor de R\$ 244,50, em razão de cheques devolvidos em face do cancelamento do seu limite de crédito na conta-corrente, no valor de R\$ 300,00.

Ao final, requer a procedência do pedido para que o réu seja condenado a pagar, a título de compensação pelos danos morais sofridos, montante equivalente a 100 vezes o valor dos cheques devolvidos indevidamente, bem como a verba sucumbencial.

À causa foi atribuído o valor de R\$ 8.100,00 (oito mil e cem reais) e a inicial veio instruída com os documentos de fls. 15-18.

Regularmente citado, o réu ofereceu resposta em forma de contestação (fls. 29-36), aduzindo, em síntese, que o autor teve mais de dezoito cheques devolvidos nos últimos dois anos e que o limite de crédito não foi renovado pois seu nome estava inscrito nos cadastros de maus pagadores, conforme comprovam os documentos anexos (fls. 43-52).

Houve réplica (fls. 55-57).

O despacho de fl. 58 designou audiência de conciliação, a qual resultou inexitosa (fl. 65).

Sentenciando (fls. 67-75), o Magistrado *a quo* julgou o pedido improcedente e condenou o autor a arcar com a verba sucumbencial, ressalvando o disposto no art. 12 da Lei n. 1.060/50.

Inconformado, o autor interpôs o presente recurso (fls. 78-82) que objetiva, em síntese, a reforma da sentença, repisando os argumentos expostos na peça preambular.

Contra-razões às fls. 89-92.

Presentes os requisitos de admissibilidade do recurso.

VOTO

O recurso interposto pelo autor há de ser conhecido e desprovido, pelas seguintes razões:

Para que resulte configurada a responsabilidade civil, faz-se mister a presença concomitante dos seguintes requisitos: 1) ato ilícito; 2) dano; e 3) nexo de causalidade. A ausência de um deles, segundo afirmação de Carlos Roberto Gonçalves (*Responsabilidade civil*. 9. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 34), inviabiliza a obrigação de indenizar.

Na hipótese vertente, não há falar em dano moral decorrente do apontamento do nome do recorrente no rol dos inadimplentes, pois a inscrição era devida, estando coberto de legalidade o ato censurado, tendo em vista que a dívida existia e encontrava-se pendente. Tanto é que o réu acostou aos autos diversos documentos que dão conta de que o autor, à época da inscrição nos cadastros de inadimplentes, possuía dois registros de inadimplência pendentes (fl. 44) e mais um rol em que constam 18 cheques devolvidos sem provisão de fundos (fls. 50-52), o que afasta,

por conseguinte, a ocorrência dos prejuízos de ordem extrapatrimonial alegadamente sofridos.

Outro não é o entendimento desta egrégia Primeira Câmara de Direito Civil:

INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – PROTESTO INDEVIDO – EXISTÊNCIA DE VÁRIAS OUTRAS ANOTAÇÕES CONTEMPORÂNEAS EM ÓRGÃO DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO – INADIMPLÊNCIA CONTUMAZ – AUSÊNCIA DE DANO – RESPONSABILIDADE CIVIL EXCLUÍDA – RECURSO DESPROVIDO.

As pendências da vítima no SPC/Serasa, quando denotarem menor grau de lesividade do protesto indevido, prestam-se apenas para fins de quantificação do dano moral; mas, se evidenciarem a absoluta ausência desta lesividade, resta excluído o próprio dano e, consequentemente, a responsabilidade civil. Em outros termos, se possível concluir, mediante análise da quantidade de anotações e respectivas cifras, pela habitualidade da vítima em inadimplir suas obrigações, não se defere a indenização; a honra, a imagem e a credibilidade do devedor contumaz, porque já completamente maculadas, não são passíveis de sofrer lesão (Ap. Cív. n. 2004.017031-9, de Lages, rela. Des. Maria do Rocio Luz Santa Ritta, j. em 17-10-06).

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – ABALO DE CRÉDITO – INSCRIÇÃO NO ROL DOS MAUS PAGADORES – DEVEDOR CONTUMAZ – AUSÊNCIA DE DANO – PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS – LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ – EXEGESE DO ART. 17, VII, DO CPC – RECURSO IMPROVIDO.

I — Não há obrigação de compensar pecuniariamente se provado nos autos que o devedor, à época da restrição creditícia objeto da pretensão deduzida em juízo, possuía diversas outras anotações pendentes em órgãos de proteção ao crédito.

Ocorre que a prática da inadimplência e a habitualidade em suportar esse tipo de constrangimento afasta os prejuízos de ordem extrapatrimonial alegadamente sofridos, com escopo manifesto em obter a indevida compensação pecuniária, porquanto inexistente qualquer dano moral no caso concreto.

II – Ademais, na época do apontamento, a recorrente era devedora, tanto que terminou por ser condenada em sede reconventional ao pagamento da dívida até então pendente, sendo manifesto o correto da inscrição do nome da autora no rol dos inadimplentes.

III – Tratando-se de recurso manifestamente protelatório, mister se faz reconhecer a violação do dever de lealdade processual e declarar a apelante litigante de má-fé, com fulcro no art. 17, II, do CPC (Ap. Cív. n. 2003.017715-9, rel. Des. Subst. Joel Dias Figueira Júnior, j. em 27-3-2007).

Por esses motivos, nega-se provimento ao recurso.

DECISÃO

Nos termos do voto do Relator, decidiu a Primeira Câmara de Direito Civil, por votação unânime, conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Carlos Prudêncio, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Subst. Ronaldo Moritz Martins da Silva.

Florianópolis, 20 de maio de 2008.

Joel Dias Figueira Júnior
RELATOR

Apelação Cível n. 2005.034100-4, de Blumenau

Relator: Des. Subst. Joel Dias Figueira Júnior

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. CERCEAMENTO DE DEFESA. PRELIMINAR RECHAÇADA EM FACE DAS ALTERAÇÕES DOS FUNDAMENTOS DA SENTENÇA. INSCRIÇÃO INDEVIDA EM CADASTRO DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO SEM A PRÉVIA NOTIFICAÇÃO. ILEGALIDADE. ILÍCITO CONFIGURADO. DANO MORAL CARACTERIZADO. DEVER DE COMPENSAR PECUNIARIAMENTE. PEDIDO DE MINORAÇÃO DO *QUANTUM*. APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE. VALOR DA CONDENAÇÃO MANTIDO. INCIDÊNCIA DE JUROS LEGAIS MORATÓRIOS A PARTIR DO EVENTO DANOSO. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. INOCORRÊNCIA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

I – O cerceamento de defesa em face do julgamento antecipado da lide estaria configurado caso fosse a sentença impugnada mantida por seus próprios fundamentos. Contudo, em razão da alteração, de ofício, da fundamentação do julgado, a preliminar argüida não merece ser acolhida.

II – Fornecedor ou prestador de serviços são solidariamente responsáveis com os bancos de dados de proteção ao crédito pela reparação dos danos causados ao consumidor (art. 7º, parágrafo único, do CDC) quando verificada a ausência de comunicação efetiva, tempestiva e por escrito ao interessado acerca de dívida pendente por ele contraída, a fim de que possa, em tempo hábil, tomar as providências devidas (art. 43, § 2º, do CDC).

Salienta-se que a regra insculpida no art. 43, § 2º, do CDC não restringe aos bancos de dados o dever de comunicar previamente

o consumidor acerca do lançamento de seu nome nos órgãos de proteção ao crédito, aplicando-se, por conseguinte, de maneira idêntica, ao fornecedor ou prestador de serviços.

Ademais, não se pode olvidar de regra elementar de hermenêutica jurídica matizada em antigo brocardo: onde a lei não distingue ou restringe, não cabe ao intérprete distinguir ou restringir. Comezinho axioma jurídico encontra ainda maior ressonância no Código Consumerista, idealizado pelo legislador, desde as suas origens constitucionais, para a proteção do consumidor. No caso, o dispositivo em exame tem justamente por escopo permitir ao consumidor o cabal e derradeiro conhecimento sobre a postulação de lançamento de seu nome nos bancos de dados, conferindo-lhe, assim, a possibilidade de evitar os danos de ordem moral, tomando em tempo hábil as providências cabíveis.

Por isso, diante da magnitude do dano que poderá surgir ao consumidor em face do lançamento de seu nome no rol dos maus pagadores, não se pode excluir os fornecedores de produtos ou prestadores de serviços desta cadeia única de responsabilidade que, nos termos do art. 7º, parágrafo único, do CDC, é, indubitavelmente, solidária com os bancos de dados.

Em arremate, não se pode confundir eventual comunicação de dívida pendente ao consumidor, que tem por objetivo liquidar o débito, com a comunicação fundada na advertência de que, se não forem tomadas por ele as providências cabíveis, seu nome estará sendo encaminhado, derradeiramente, aos bancos de dados de proteção ao crédito.

III – 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, respeitados estes parâmetros, há de ser mantido o valor fixado a título de compensação pelos danos morais experimentados pelo autor.

IV – Tratando-se de ilícito civil gerador de dano moral, os juros de mora fluirão a partir do evento danoso, consoante o exposto na Súmula 54 do Superior Tribunal de Justiça.

V – Não há que se falar em sucumbência recíproca no tocante à condenação em importância inferior à pretendida pelo autor, pois em demandas desta natureza, em razão da ausência de critérios objetivos para a definição do *quantum* compensatório, o valor constante da peça inaugural serve apenas de elemento abalizador e como limite máximo a ser arbitrado pelo juiz.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2005.034100-4, da comarca de Blumenau, em que é apelante Comércio de Confeções Neusa Ltda. e apelado Ambrósio da Silva:

ACORDAM, em Primeira Câmara de Direito Civil, por votação unânime, conhecer do recurso, negar-lhe provimento e, de ofício, modificar os fundamentos da sentença e alterar o termo inicial de incidência dos juros legais moratórios. Custas legais.

RELATÓRIO

Ambrósio da Silva ajuizou ação de reparação por danos morais contra Comércio de Confeções Neusa Ltda. pelos fatos e fundamentos jurídicos descritos na exordial de fls. 2-10, Alegando, em síntese, que:

Em 5-3-2003, tentou realizar compras em estabelecimento comercial, que, por sua vez, negou o crédito postulado ante a existência de restrição junto ao Serviço de Proteção ao Crédito (SPC).

Alegou a restrição foi realizada pela empresa requerida de modo indevido, sendo retirada somente após notificação extrajudicial.

Aduziu, ainda, em decorrência desses fatos, sofreu dano moral.

Ao final, requereu a procedência do pedido para condenar a empresa ré a compensá-lo pecuniariamente pelos danos morais sofridos no montante de R\$ 9.600,00 (nove mil e seiscentos reais).

À causa foi atribuído o valor de R\$ 9.600,00 (nove mil e seiscentos reais), e a inicial veio instruída com os documentos de fls. 12-18.

Regularmente citada, a Ré ofereceu resposta em forma de contestação (fls. 24-37), aduzindo, em síntese, que a inscrição realizou-se devido a inadimplência do autor, pois, sob sua autorização ou em seu nome, suas filhas efetuaram, como de costume, a compra que gerou o débito, dando azo à inscrição junto ao Serviço de Proteção ao Crédito. Requereu, ao final, a improcedência do pedido e a condenação do demandante nas cominações de estilo.

A tentativa de conciliação restou infrutífera, tendo o Magistrado *a quo* julgou antecipadamente a lide após negar a produção da prova testemunhal postulada pela Ré, condenando-a ao pagamento de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), a título de danos morais, atualizado e acrescido de juros moratórios de 1% ao mês, contados da data em que o Autor tomou ciência da inscrição indevida – 5-3-2003 (fls. 70-71).

Também, condenou a Requerida ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios, fixados em 15% sobre o valor da condenação.

Inconformada, a Ré interpôs o presente recurso (fls. 78-90), objetivando, objetiva, em síntese, a reforma da sentença pelos seguintes fundamentos:

Alega, preliminarmente, cerceamento de defesa, porquanto não lhe foi oportunizada a oitiva de testemunhas.

No mérito, assevera que a inscrição do nome do autor no órgão de restrição ao crédito foi justa, pois estava caracterizada a sua inadimplência. Também, aduz ter notificado pessoalmente o demandante em sua residência, além não existirem provas dos danos morais sofridos. Ao final, pede a reforma do julgado com a inversão do ônus da sucumbência.

Contra-razões às fls. 99-107.

É o relatório.

VOTO

O recurso interposto pela ré merece ser conhecido e desprovido pelas seguintes razões:

I – Preliminarmente – cerceamento de defesa

Aduz a apelante ter sido cerceada em seu direito de defesa com o julgamento antecipado da lide, pois pretendia demonstrar, por meio da prova testemunhal, que o apelado havia dado autorização verbal para as filhas comprarem em seu nome, além de ter havido a venda da mercadoria e o seu não pagamento.

Da análise dos autos, constata-se que o alegado cerceamento de defesa estaria configurado caso fosse a sentença impugnada mantida por seus próprios fundamentos.

Contudo, conforme se verá a seguir, a sentença de procedência do pedido deve ser mantida sob outro fundamento, razão pela qual se deixa de acolher a preliminar argüida pela recorrente.

II – Mérito

1. Ausência de notificação e comprovação do dano

Em que pese a ré negar a prática de ato ilícito com repercussão extrapatrimonial, verifica-se a inobservância de norma elementar, de ordem pública e cogente, insculpida no art. 43, § 2º, do CDC, que define: “a abertura de cadastro, ficha, registro e dados de pessoas e de consumo deverá ser comunicada por escrito ao consumidor, quando não solicitada por ele”.

Na hipótese vertente, o demandante afirma que teve seu nome inscrito no rol dos maus pagadores sem ser previamente notificado.

Sobre o tema, escreve Antônio Herman de Vasconcelos e Benjamin, com muita propriedade:

A comunicação deve ser feita antes da colocação da informação no domínio público. É preliminar a tal.

Logo, lembra Roscoe Bessa, antes da comunicação ao titular dos dados, é ilícita qualquer transferência das informações a terceiros. E complementa: não basta expedir a comunicação. O correto é, além da certeza quanto à efetiva comunicação do registro, conceder prazo razoável, pelo menos cinco dias, para eventual exercício do direito de retificação.

Visando a prevenir futuros danos ao consumidor, é de todo recomendável que a comunicação seja realizada antes mesmo da inscrição do consumidor no cadastro de inadimplentes, a fim de evitar possíveis erros. Agindo assim, estará a empresa tomando as precauções para escapar de futura responsabilidade (*Código de defesa do consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 458).

A regra cogente insculpida no art. 43, § 2º, do CDC tem natureza preventiva e escopo preciso, qual seja, comunicar o consumidor de maneira cabal acerca do registro efetuado antes de colocar a informação no domínio público, evitando causar-lhe, desta maneira, danos materiais e

morais, na exata medida em que possibilita ao devedor a tomada de todas as providências que entender cabíveis a fim de rechaçar a inscrição (devida ou indevida).

Salienta-se que a regra insculpida no art. 43, § 2º, do CDC não restringe aos bancos de dados o dever de comunicar previamente o consumidor acerca do lançamento de seu nome nos órgãos de proteção ao crédito, aplicando-se, por conseguinte, de maneira idêntica, ao fornecedor ou prestador de serviços.

Ademais, não se pode olvidar de regra elementar de hermenêutica jurídica matizada em antigo brocardo: onde a lei não distingue ou restringe, não cabe ao intérprete distinguir ou restringir. Comezinho axioma jurídico encontra ainda maior ressonância no Código Consumerista, idealizado pelo legislador, desde as suas origens constitucionais, para a proteção do consumidor. No caso, o dispositivo em exame tem justamente por escopo permitir ao consumidor o cabal e derradeiro conhecimento sobre a postulação de lançamento de seu nome nos bancos de dados, conferindo-lhe, assim, a possibilidade de evitar os danos de ordem moral, tomando em tempo hábil as providências cabíveis.

Por isso, diante da magnitude do dano que poderá surgir ao consumidor em face do lançamento de seu nome no rol dos maus pagadores, não se pode excluir os fornecedores de produtos ou prestadores de serviços dessa cadeia única de responsabilidade que, nos termos do art. 7º, parágrafo único, do CDC é, indubitavelmente, solidária com os bancos de dados.

Em arremate, não se pode confundir eventual comunicação de dívida pendente ao consumidor, que tem por objetivo liquidar o débito, com a comunicação fundada na advertência de que, se não tomadas por ele as providências cabíveis, seu nome estará sendo encaminhado, derradeiramente, aos bancos de dados de proteção ao crédito.

Desta forma, mesmo que a dívida inscrita seja fundada em título de crédito com data de vencimento expressa e determinada, é imperiosa a notificação do devedor, pois

“a ciência da inadimplência pelo consumidor não excepciona o dever da instituição financeira de regularmente levar a informação negativa do registro ao consumidor, pois seu escopo não é notificá-lo da mora, mas propiciar-lhe o direito de acesso, de re-ratificação das informações e de previni-lo de futuros danos [...]”. Recurso especial provido (REsp. n. 402958/DF, rela. Mina. Nancy Andriighi, j. em 30-8-02).

Ressalta-se que, muito embora tenha a demandada, tanto na contestação quanto nas razões recursais, afirmado ter notificado o autor do débito existente, através de correspondência entregue em sua residência, não fez prova alguma de tal fato, o que nos leva a crer que referida comunicação jamais encaminhada.

Por conseguinte, se a ré inclui o nome do consumidor no rol dos maus pagadores sem a prévia notificação, descumpre norma de ordem pública, causando-lhe dano não-patrimonial merecedor de compensação pecuniária.

Diante disto, procede a pretensão condenatória formulada em face da empresa requerida, sendo presumível o dano moral sofrido pelo consumidor ao passar por situação vexatória e constrangedora, atentatória à sua honra, quando, desconhecedor de que seu nome encontrava-se inscrito no rol dos maus pagadores, teve seu crédito negado no comércio.

2. Quantum compensatório

A pretensão da ré de minorar o *quantum* compensatório definido pelo Togado singular não merece acolhida, senão, vejamos:

Para a fixação da verba compensatória, entende-se que devem ser sopesados vários fatores, como a situação socioeconômica de ambas as

partes, o grau de culpa do agente e a proporcionalidade entre o ato ilícito e o dano suportado pela vítima, sem perder de vista que a compensação pecuniária visa, também, o desencorajamento da prática de novos atos lesivos pelo ofensor.

Trata-se, portanto, de um critério fundado na razoabilidade, devendo a importância fixada servir como compensação aos prejuízos, constrangimentos, dissabores e transtornos sofridos pela vítima do evento danoso, com caráter pedagógico e profilático inibidor, capaz de evitar novos cometimentos de atos ilícitos.

Assim, o valor pecuniário deve ser fixado de maneira que atenda à pretensão de compensação pelos danos materiais sofridos pela vítima sem importar em enriquecimento e, simultaneamente, penalizar civilmente o causador do ilícito sem ocasionar-lhe empobrecimento.

In casu, tem-se que o montante de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) fixado na sentença objurgada não se mostra excessivo ou prejudicial à parte ofensora, mesmo se tratando de empresa de pequeno porte.

Ademais, diante das conseqüências advindas de uma inscrição indevida no rol de maus pagadores, não seria prudente reduzir a importância arbitrada, sob pena de torná-la insuficiente para assegurar ao lesado uma justa compensação pelos infortúnios sofridos.

Nessa esteira, Regina Beatriz Tavares da Silva afirma:

O critério na fixação do *quantum* indenizatório deve obedecer à proporcionalidade entre o mal e aquilo que pode aplacá-lo, levando-se em conta o efeito, que será a prevenção, ou desestímulo. Em suma, a reparação do dano moral deve ter em vista possibilitar ao lesado uma satisfação compensatória e, de outro lado, exercer função de desestímulo a novas práticas lesivas, de modo a “inibir comportamentos anti-sociais do lesante, ou de qualquer outro membro da sociedade”, traduzindo-se em montante que represente advertência ao lesante e à sociedade de que não se aceita o comportamento assumido, ou o

evento lesivo (SILVA, Regina Beatriz Tavares da (Coord.). *Código civil comentado*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 913).

Por esses motivos, mantém-se o *quantum* compensatório arbitrado na sentença guerreada.

3. *Juros legais*

Primeiramente, cumpre-se ressaltar que, ao contrário do que sustentou a apelante, inexistente óbice à incidência dos juros moratórios sobre o valor da condenação quando omissivo o pedido inicial, porquanto estes integram o dever de compensar em razão de seu caráter de rendimento do capital, devendo ser computados para uma reparação justa.

Assim, já cristalizou entendimento o Superior Tribunal de Justiça ao sumular que “incluem-se os juros moratórios na liquidação, embora omissivo o pedido inicial ou a condenação” (Súmula 254).

No que tange ao seu termo inicial, tratando-se de ilícito civil gerador de dano moral, em conformidade com a Súmula 54 do Superior Tribunal de Justiça, os juros moratórios fluirão a partir do evento danoso.

Colhe-se da jurisprudência da Superior Corte de Justiça:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS DE MORA. TERMO INICIAL.

A orientação deste Tribunal é de que, em se tratando de danos morais, o termo *a quo* da correção monetária é a data da prolação da decisão que fixou o *quantum* da indenização, devendo incidir os juros de mora a partir do evento danoso em caso de responsabilidade extracontratual (Súmula 54/STJ). Embargos acolhidos (STJ, Emb. Decl. no REsp. n. 615.939/RJ, rel. Min. Castro Filho, julgado em 10-10-2005).

Isto posto, Isso, afasta-se a pretensão recursal da ré também nesse ponto e, de ofício, altera-se o termo inicial de incidência dos juros legais moratórios.

4. *Sucumbência*

Não há que se falar em sucumbência no tocante à condenação em importância inferior à pretendida pelo autor, pois em demandas desta natureza, em razão da ausência de critérios objetivos para a definição do *quantum* compensatório, o valor constante da peça inaugural serve apenas de elemento abalizador e como limite máximo a ser arbitrado pelo juiz.

Ante todo o exposto, nega-se provimento ao recurso, modificando-se, de ofício, os fundamentos da sentença.

DECISÃO

Nos termos do voto do Relator, decidiu a Primeira Câmara de Direito Civil, por votação unânime, conhecer do recurso e negar-lhe provimento, modificando-se, entretanto, de ofício, os fundamentos da sentença e o termo inicial de incidência dos juros legais moratórios.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Carlos Prudêncio, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Subst. Ronaldo Moritz Martins da Silva.

Florianópolis, 20 de maio de 2008.

Joel Dias Figueira Júnior
RELATOR

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

APELAÇÕES CÍVEIS

Apelação Cível n. 2007.059088-5, da Capital

Relator: Des. Fernando Carioni

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS – DIREITO DE FISCALIZAR O EMPREGO DA PENSÃO ALIMENTAR – ART. 1.589 DO CÓDIGO CIVIL – IRREPETIBILIDADE DOS ALIMENTOS – PROCEDIMENTO QUE SE ESGOTA NA PRIMEIRA FASE – LEGITIMIDADE ATIVA *AD CAUSAM* RECONHECIDA – PEDIDO JURIDICAMENTE POSSÍVEL – AUSÊNCIA DE INDÍCIOS DA MALVERSAÇÃO DOS ALIMENTOS – FALTA DE INTERESSE DE AGIR – EXTINÇÃO DA AÇÃO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO – SENTENÇA MANTIDA POR FUNDAMENTO DIVERSO – RECURSO DESPROVIDO.

O progenitor em cuja guarda não estejam os filhos possui legitimidade para, em nome próprio, exigir contas de quem a detém, com o fim de averiguar o correto emprego dos valores alimentares entregues. Tal ação exaure-se na primeira fase do procedimento, ante a irrepetibilidade conferida aos alimentos.

Apresenta-se de extrema necessidade que o autor da ação de prestação de contas que envolva administração de verba alimentar a instrua com indícios mínimos da malversação do numerário, a fim de evitar que esse tipo de demanda torne-se mais um instrumento de ataque na já conturbada relação familiar pós-separação do casal.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2007.059088-5, da comarca da Capital (4ª Vara Cível), em que é apelante L. P. J., e apelada S. G. P.:

ACORDAM, em Terceira Câmara de Direito Civil, por votação unânime, negar provimento ao recurso. Custas legais.

RELATÓRIO

L. P. J. ajuizou ação de prestação de contas contra S. G. P., relatando ter sido casado com a requerida e que, após a separação, ficou obrigado a pagar em favor dos filhos do casal pensão alimentícia no valor de R\$ 1.000,00 (mil reais).

Acrescentou que o repasse do valor devido aos filhos é feito por depósito bancário na conta-corrente de titularidade da requerida.

Mencionou que, nos últimos 12 (doze) meses, a ré passou a pedir valores além do pago periodicamente, a fim de cobrir despesas com os menores, do que prestaria contas.

Expôs que a requerida fixou residência na cidade de Florianópolis para aumentar a distância entre pai e filhos, tornando-se impossível o acompanhamento destes e verificação dos seus gastos.

Argumentou que a ré deve ressarcir todos os valores pagos a mais, quantia esta que monta R\$ 4.600,00 (quatro mil e seiscentos reais).

Requeru a procedência do pedido e a concessão dos benefícios da assistência judiciária, a qual foi deferida (fl. 31).

Devidamente citada, a requerida apresentou contestação (fls. 37-45) alegando, preliminarmente, a ilegitimidade ativa *ad causam*. No mérito, mencionou ter sido estabelecido que a pensão alimentícia seria reajustada de acordo com a variação do salário mínimo.

Afirmou que, ao se considerar os valores que o autor alegou ter pago a mais com a variação do salário mínimo, vislumbra-se que, na verdade, somente em dois meses foram efetuados depósitos de quantia além do fixado na pensão, e os demais depósitos encontram-se de acordo com a variação sofrida pelo salário mínimo.

Sustentou não caber o pedido de restituição de pensão alimentícia.

Alegou que o autor ajuizou ação de revisão de pensão alimentar.

Mencionou que não há relação jurídica entre as partes.

Juntou documentos (fls. 49-48).

Impugnação à contestação (fls. 52-60).

Sobreveio sentença, na qual o Magistrado *a quo* acolheu as preliminares de ilegitimidade ativa e impossibilidade jurídica do pedido e extinguiu o processo sem julgamento do mérito. Determinou, ainda, que o demandante arcasse com as custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor atribuído à causa.

Inconformado com a sentença, o autor interpôs recurso de apelação em que aduz que a preliminar de ilegitimidade ativa se confunde com o mérito, pois os valores foram passados e creditados em favor da apelada, conforme confessado na defesa, pelo que ele é parte legítima para propor a ação.

Sustenta que a apelada pleiteou valores a mais do que era efetivamente devido, e é quanto a esses valores que postula a prestação de contas.

Menciona que o artigo 1.589 do Código Civil possibilita ao genitor que não tem a guarda dos filhos e que lhes paga alimentos fiscalizar as despesas com a sua manutenção.

Prequestiona os artigos 1.589 do Código Civil e 917 do Código de Processo Civil.

No mais, repisa os argumentos veiculados na exordial.

Em contra-razões, a apelada pugna pela manutenção da decisão (fls. 83-91).

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, na lavra do Dr. Jobel Braga de Araújo, opinou pelo conhecimento e desprovimento do recurso (fls. 97-100).

VOTO

O conteúdo da postulação há de ser apreciado, porquanto presentes os pressupostos de admissibilidade recursal.

Pretende o apelante reformar a decisão que julgou extinto o pedido de prestação de contas, ao reconhecer a ilegitimidade ativa *ad causam* e a impossibilidade jurídica do pedido, bem como o condenou nas custas processuais e nos honorários advocatícios, suspensos em face da concessão do benefício da assistência judiciária.

A demanda em foco, como o próprio nome evidencia, é destinada, sempre que alguém estiver na administração de bens de terceiro ou de bens comuns em decorrência da lei ou de contrato, a prestação de contas do resultado da gerência das relações negociais.

Pressupõe a ação, como corolário, o direito de exigir as contas ou a obrigação de sua prestação.

In casu, objetiva o apelante que a recorrida preste contas dos valores repassados a pedido desta juntamente com a pensão alimentícia devida aos filhos em comum. Ressalta-se que ela nunca apresentou recibos ou notas que justificassem os repasses a mais.

Determina o art. 1.589 do Código Civil que “o pai ou mãe, em cuja guarda não estejam os filhos, poderá visitá-los e tê-los em sua companhia,

segundo o que acordar com o outro cônjuge, ou for fixado pelo juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação”.

Comentando o dispositivo, Yussef Said Cahali destaca que no

direito de fiscalização da guarda, criação, sustento e educação da prole atribuída ao outro cônjuge, ou a terceiro, está ínsita a faculdade de reclamar em juízo a prestação de contas daquele que exerce a guarda dos filhos, relativamente ao numerário fornecido pelo genitor alimentante (*Dos alimentos*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 572).

Com efeito, a prestação de contas é a via adequada para o pai ou mãe em cuja guarda não estejam os filhos fiscalizar a manutenção da prole em comum.

Nesse sentido, colhe-se da jurisprudência:

ACÇÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS. PEDIDO AJUIZADO PELO ALIMENTANTE EM FACE DA EX-MULHER, GUARDIÁ DA ALIMENTÁRIA.

Extinção do feito pronunciada em primeiro grau na forma do artigo 267, VI, do Código de Processo Civil, reconhecida a inadequação da via eleita. Desacerto do decisório.

Se a cada direito deve corresponder uma ação que o assegure, não há como negar ao autor apelante o direito de exigir da acionada esclarecimentos precisos acerca da administração da prestação alimentícia recebida por conta da filha menor, máxime diante da fundada suspeita de malversação. Incidência, no particular, do disposto no artigo 1.589 do Código Civil de 2002. Direito de exigir contas que, *in casu*, decorre do chamado poder familiar, sendo certo que o divórcio em nada modifica os direitos e deveres dos pais em relação aos filhos (artigo 1.579, também do Código Civil de 2002). Recurso provido (TJSP, Ap. Cív. n. 262.041-4/3-00, rel. Des. Paulo Dimas Mascaretti, j. em 20-5-2003).

Diante disso, é patente a legitimidade daquele que não possui a guarda dos filhos e paga seus alimentos de postular a prestação de contas da responsável pela guarda da prole em comum.

Todavia, neste caso, o rito da ação de prestação de contas deverá sofrer pequena modificação.

É consabido que a ação de prestação de contas é dividida em duas fases: a primeira destina-se a verificar a obrigação ou não da prestação de contas; a segunda consiste no julgamento das contas, e pode gerar eventual saldo credor a favor do autor ou do réu. Nesse caso, a sentença que reconhecer o saldo constitui-se título executivo judicial e autoriza a execução forçada.

Ocorre que os alimentos, após prestados pelo obrigado, são tidos como presumidamente consumidos, o que, por si só, afasta a possibilidade de devolução; contudo a irrepetibilidade dos alimentos não acarreta a impossibilidade jurídica do pedido de prestação de contas da pensão alimentícia, de modo que o procedimento se encerrará na primeira fase.

Nessa hipótese, o procedimento terá por finalidade, tão-somente, fiscalizar a gestão dos alimentos, ou seja, perquirir como a guardiã emprega os recursos destinados ao sustento dos filhos.

Salienta-se, ainda, que não é sensato exigir que o guardião conserve os documentos correlatos a cada gasto cotidiano, de forma que preste contas desses pequenos dispêndios. As contas devem ser prestadas dentro do possível, priorizando os recibos de gastos de maior expressão, dentre eles os com moradia, saúde, educação, alimentação e vestuário.

Nesse diapasão, o objetivo da demanda não é a realização de acerto analítico de contas, mas, sim, a constatação de que os alimentos vêm sendo empregados em necessidades que revertam em benefício da prole, não havendo a má administração da verba.

Constatando-se o mau emprego do numerário, é terminantemente proibido ao alimentante postular a devolução da verba, porquanto, conforme já se afirmou, os alimentos pagos são irrepetíveis.

Por conseguinte, a ação se esgota no simples direito de ter acesso para fiscalizar a manutenção dos filhos, exaurindo-se a demanda na primeira fase do procedimento.

A respeito, Yussef Said Cahali leciona:

Parece-nos, porém, que – indubitoso o direito do próprio filho de reclamar as contas daquele (genitor ou terceiro) que o tem sob a sua guarda e recebe, em seu nome, os alimentos prestados pelo obrigado – também o alimentante-genitor tem legitimidade para exigir deste a prestação de contas, desde que: a) o beneficiário dos alimentos seja exclusivamente o filho posto sob guarda, afastada, assim, a hipótese de terem sido concedidos os alimentos englobadamente, para a genitora e filhos sob sua guarda [...]; b) a prestação de contas não tenha por finalidade a apuração de crédito ou débito, com vistas a uma eventual restituição ou execução forçada (do artigo 918 do CPC), uma vez que, embora assim prestados por intermediação da genitora ou de terceiro, os alimentos são irrepetíveis; a pretensão, assim, terá natureza cautelar, esvaindo-se a ação cominatória em sua primeira fase (artigo 915 do CPC), objetivando apenas a verificação e comprovação da exata e correta aplicação das pensões recebidas do autor (obra citada, p. 573).

Dito isso, afasta-se a impossibilidade jurídica do pedido.

Todavia, embora o art. 515, § 3º, do Código de Processo Civil permita ao Tribunal julgar a lide nos casos de extinção do processo sem resolução do mérito, *in casu*, antes de adentrar-se na matéria de fundo, é necessário examinar a presença de mais um requisito essencial à ação de prestação de contas referente aos alimentos.

Tem-se como de suma importância ao processamento da presente ação que o autor apresente, com a inicial, indícios mínimos de malversação dos alimentos, ou seja, demonstração de que a guardiã, que administra em nome dos filhos os valores repassados pelo alimentante, esteja desviando a verba para seu próprio uso ou não tenha dado melhor destinação aos alimentos ao priorizar gastos supérfluos.

Logo, incumbe ao autor apresentar, no mínimo, indícios de que a ré fez mau uso dos alimentos devidos à prole em comum.

Destaca-se que essa avaliação é necessária justamente para que a ação de prestação de contas, referente a alimentos, não se torne apenas um mecanismo de pressão de um dos genitores para com o outro, tão-somente para medir forças ou agravar uma já conturbada relação familiar pós-separação do casal.

Dos documentos apresentados, observa-se que o autor comprovou satisfatoriamente o pagamento da pensão convencionada, bem como os valores repassados a mais do que o acordado. Contudo, em que pesem suas alegações acerca dos gastos com psicóloga e psicopedagoga, bem como das despesas que supostamente “não se encaixavam”, não demonstrou nenhum sinal de malversação dos alimentos.

Dessa feita, estando o autor incumbido de apresentar com a inicial indícios da má administração dos alimentos e não o fazendo, mostra-se inviável conhecer da ação, que merece ser extinta sem apreciação do mérito, diante da ausência de interesse de agir.

Por fim, cabe consignar que o recurso de apelação cível não se presta para prequestionar dispositivos de lei federal, mas para combater a decisão de primeiro grau.

O julgador não está obrigado a responder um a um os pontos levantados pelas partes, nem a discorrer sobre os dispositivos de lei invocados; ele deve decidir a lide conforme o seu convencimento, aplicando ao caso a norma legal que entender devida.

Ademais, conforme declaração do Ministro Sálvio de Figueiredo, no julgamento do Recurso Especial n. 20.474-8/SP, publicado no DJU, de 1º-4-1995: “[...] Em outras palavras, não é necessário que do acórdão local conste expressa referência ao artigo de lei cuja violação se pretenda

argüir na via excepcional, bastando tenha havido apreciação da matéria por tal preceito disciplinada”.

A par disso, descabido é o pedido do postulante para prequestionar os artigos invocados, uma vez que a matéria foi suficientemente abordada, tanto em Juízo de primeiro grau quanto por este Órgão Colegiado.

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso, mantendo a sentença *a quo* por fundamento diverso.

DECISÃO

Nos termos do voto do Relator, por unanimidade, nega-se provimento ao recurso, mantendo a sentença *a quo* por fundamento diverso.

Participaram do julgamento, realizado no dia 18 de março de 2008, os Exmos. Srs. Des. Marcus Tulio Sartorato e Maria do Rocio Luz Santa Ritta. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Dr. Jobel Braga de Araújo.

Florianópolis, 22 de abril de 2008.

Fernando Carioni
PRESIDENTE E RELATOR

Apelação Cível n. 2008.015133-2, de Lages

Relator: Des. Fernando Carioni

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE EXECUÇÃO DE PRESTAÇÃO ALIMENTÍCIA – ALIMENTANTE EM LOCAL INCERTO OU NÃO SABIDO – SENTENÇA TERMINATIVA – CARÁTER INDISPONÍVEL DA VERBA ALIMENTAR – SATISFAÇÃO DO DÉBITO – SUSPENSÃO DA AÇÃO – SENTENÇA CASSADA – RECURSO PROVIDO.

Movida ação executiva por inadimplemento alimentar e não sendo o alimentante localizado, tem-se como precipitada a prolação de sentença terminativa, porquanto, nesses casos, é mais aconselhável suspender a execução até a efetiva localização do obrigado, principalmente porque a pensão alimentar trata-se de direito indisponível do necessitado, visto destinar-se à sua subsistência.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2008.015133-2, da comarca de Lages (Vara da Família, Órfãos e Sucessões, Infância e Juventude), em que é apelante A. L. P. G., representada por sua mãe, C.S.P., e apelado G. C. G.:

ACORDAM, em Terceira Câmara de Direito Civil, por votação unânime, prover o recurso. Custas legais.

RELATÓRIO

Trata-se de ação de execução de prestação alimentícia proposta por A. L. P. G., representada por sua mãe, C. S. P., contra G. C. G., com fulcro nos arts. 732 e 733 do CPC, que objetiva, em síntese, a quitação da dívida relativa à verba alimentar. A exequente alegou que, na ação de alimentos que aforou contra o executado, Autos n. 003.99.000359-3, firmaram

acordo, conforme sentença anexa, no qual ele ficou obrigado a pagar-lhe pensão alimentícia em quantia correspondente a 60% (sessenta por cento) do salário mínimo. Asseverou que o executado não estaria cumprindo o determinado na sentença, pois encontra-se inadimplente quanto às suas obrigações alimentares, e que subsiste uma dívida de R\$ 1.944,00 (mil novecentos e quarenta e quatro reais), referente ao período de março/2002 a junho/2003.

Diante disso, requereu o pagamento, no prazo de 3 (três) dias, de R\$ 408,00 (quatrocentos e oito reais), referente às três últimas parcelas devidas; a comprovação do pagamento ou a justificativa de impossibilidade de efetuar-lo, sob pena de prisão civil, nos termos do art. 733 do CPC; e, ainda, sob o rito do art. 732 do CPC, o pagamento, em 24 (vinte e quatro) horas, do valor de R\$ 1.536,00 (mil quinhentos e trinta e seis reais), ou fossem nomeados bens do executado à penhora. Ainda, postulou a concessão do benefício da assistência judiciária, o que foi deferido à fl. 10.

Citado o executado nos termos do art. 732 do CPC (fl. 36), não foram localizados bens para penhora. Ato contínuo, as partes apresentaram acordo (fls. 63-66); contudo, referido pacto não foi homologado, tampouco satisfeito pelas partes.

Após a citação do executado em conformidade com o art. 733 do CPC, foi decretada sua prisão civil e o desconto da pensão diretamente na sua folha de pagamento (fls. 82-83).

Ante a não-localização do executado, foi encaminhado o mandado de prisão para a Polícia Civil e a Militar e para a Polinter (fls. 101-103), ao passo que a exequente requereu o arquivamento administrativo do feito (fl. 145), providência a que o Ministério Público anuiu (fl. 147).

Foi determinado o sobrestamento do feito por três meses (fl. 148). Transcorrido o prazo fixado, o Magistrado singular proferiu sentença (fl.

151) e julgou extinto o feito em conformidade com o art. 267, VI, do CPC, por entender ausente o interesse de agir.

Irresignada com o provimento jurisdicional, a exequente interpôs recurso de apelação (fls. 164-120) alegando que os alimentos dizem respeito a direitos indisponíveis e não pode ser extinto o processo até que a obrigação seja satisfeita. Asseverou a necessidade de suspensão do processo até que sejam encontrados bens à penhora, consoante o art. 791 do CPC. Mencionou ter fornecido novo endereço a fim de que o apelado fosse localizado, no entanto a diligência não teria sido realizada no endereço informado. Por fim, requereu a reforma da sentença para que o processo seja mantido em arquivo administrativo até a localização do executado ou que sejam encontrados bens para que se proceda à penhora.

O Ministério Público, em parecer da lavra do Dr. Antenor Chinato Ribeiro, opinou pelo conhecimento e provimento do recurso.

VOTO

Presentes os pressupostos de admissibilidade, passa-se à análise do mérito recursal.

Insurgiu-se a apelante contra a decisão de primeiro grau que, com fulcro no art. 267, VI, do CPC, extinguiu a ação de execução de prestação alimentícia por falta de interesse de agir. Para tanto, alegou que a ação versa sobre direito indisponível e, por esse motivo, não poderia ser extinta sem que a obrigação fosse cumprida. Outrossim, apontou a necessidade de sobrestamento do feito até que fossem encontrados bens para serem penhorados. Ainda, mencionou que a última diligência não foi realizada no endereço que forneceu.

Trata-se a hipótese vertente de ação de execução de pensão alimentícia, ajuizada, cumulativamente, sob o rito do art. 732 e do art. 733, ambos do CPC, na qual a requerente busca a satisfação das parcelas supostamente

inadimplidas pelo executado, reclamando o pagamento da verba desde março de 2002.

Com efeito, verifica-se que a obrigação teve origem na Ação de Alimentos n. 003.99.000359-3, proposta pela ora exequente, na qual as partes transigiram, fixando o pagamento de pensão alimentícia mensal em favor desta, no valor correspondente a 60% (sessenta por cento) do salário mínimo (fl. 9).

No feito executório, após ser citado (fl. 36), o executado juntou aos autos um acordo que teria estabelecido com a requerente (fls. 63-68), além de outros documentos (fls. 68-76); todavia, aquele não compareceu na audiência conciliatória (fls. 82-83). Nessa ocasião, a exequente impugnou os termos do ajuste apresentado pelo executado, muito embora tivesse apostado sua assinatura no referido documento. O douto Promotor de Justiça se manifestou contrário à homologação do pacto, por vislumbrar prejuízos à alimentanda, o que foi acolhido pelo Togado singular, que assim decidiu:

Assim, adotando os termos da promoção ministerial, indefiro os termos do acordo noticiado nestes autos, posto que em flagrante prejuízo de A. Por fim, determino que sejam feitos cálculos de atualização de todos os valores devidos a partir dos três meses anteriores à propositura do feito, até a presente data deduzidos aqueles eventualmente pagos que deverão fazer parte do mandado de prisão que deverá acompanhar a carta precatória a ser expedida contra o executado, cuja PRISÃO CIVIL DECRETO NESTA OPORTUNIDADE, pelo prazo de noventa (90) dias, acatando os termos da promoção ministerial. Determino, por fim, que se oficie ao empregador para que promova aos descontos em folha de pagamento do executado, no valor correspondente a 60% de um salário mínimo, depositando na conta bancária n. 0060283-3, da ag. 0360-3 do Bradesco S.A. Cumpra-se com urgência. P.I. em audiência.

Diante da determinação *supra*, expediu-se o mandado de prisão, que não foi cumprido em virtude do desconhecimento acerca do paradeiro do

executado. Ordenou-se, então, a expedição de cópia do decreto prisional para a Polícia Civil, Polícia Militar e Polinter, no intuito de obter auxílio na sua captura (fl. 99).

Ante o insucesso nas buscas, a credora requereu o arquivamento administrativo do feito (fl. 145), com o que anuiu o Ministério Público (fl. 147). Por conseguinte, o Magistrado de primeiro grau determinou o arquivamento administrativo por 3 (três) meses. Após transcorrido o prazo e sem que houvesse manifestação da exeqüente (fl. 150), o Julgador considerou que a ausência de impulso desta por longo período traduziu-se na perda superveniente do seu interesse de agir, e extinguiu o processo sem análise do mérito, nos termos do art. 267, VI, do CPC.

De fato, referido dispositivo estabelece a extinção do processo quando se verificar a ausência de qualquer das condições da ação, se não vejamos:

Art. 267. Extingue-se o processo, sem resolução de mérito:

[...]

VI – quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual.

Todavia, *in casu*, percebe-se que não poderia o Togado singular extinguir a presente demanda, porquanto o executado ainda se encontrava inadimplente com suas obrigações alimentares. Isso porque, até que fosse saldado o débito alimentar em atraso, a extinção do processo executório não poderia ser decretada, em atenção ao art. 794, I, do CPC.

Diante disso, verifica-se que a extinção do processo executório em tela não encontra guarida na legislação processual civil vigente, notadamente diante do mencionado dispositivo, que condiciona tal medida ao cumprimento da obrigação pelo devedor.

A não-satisfação da dívida constitui óbice ao encerramento do processo, visto que as demais circunstâncias previstas no art. 794 do CPC não se aplicam à hipótese, em virtude do caráter indisponível da verba alimentar.

Assim, por serem os alimentos direito indisponível do infante, são irrenunciáveis, com vistas a resguardar os interesses deste, mormente pelo fato de destinarem-se ao seu sustento. Logo, o processo executório somente poderia ser extinto com a quitação do débito, o que não ficou comprovado.

Pelo contrário, o executado se encontra em local incerto ou não sabido, e há mandado de prisão expedido em seu desfavor, em razão de sua situação de inadimplência.

Destarte, por efeito da subsistência do débito alimentar, impõe-se a anulação da sentença extintiva proferida na instância *a quo*, para prosseguir o feito até seus ulteriores termos, por serem os alimentos irrenunciáveis.

A propósito, colhem-se da jurisprudência pátria:

Não tendo havido satisfação integral da obrigação, impõe-se o prosseguimento da execução, para exigência de prestações vencidas no trimestre anterior ao de seu ajuizamento e daquelas vencidas no curso dela, ao manifesto caráter alimentar da obrigação contraída (TJMG, Ap. Cív. n. 1.0024.04.492810-9/001, Belo Horizonte, Terceira Câmara Cível, rel. Des. Manuel Bravo Saramago, j. em 6-10-2005, DJMG de 21-10-2005).

E, ainda:

Somente o pagamento integral da dívida é que justifica a extinção da ação de execução de alimentos, cujo débito abarca, além das últimas três parcelas vencidas antes da execução, também, todas aquelas que se vencem no curso do processo, sendo irrelevante se no curso do processo o valor foi alterado mediante acordo. Recurso provido (TJRS, Ap. Cív. n. 70007820087, Guaíba, Sétima Câmara

Cível, rel. Des. Sérgio Fernando Silva de Vasconcellos Chaves, j. em 18-2-2004).

Também:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE EXECUÇÃO DE ALIMENTOS. EXTINÇÃO DO FEITO PELA SATISFAÇÃO DA OBRIGAÇÃO. ART. 794, I, DO CPC. PRESTAÇÕES INADIMPLIDAS NÃO DECORRER DO PROCESSO. EXEGESE DO ART. 290, DO CPC. PROSSEGUIMENTO DA EXECUÇÃO. RECURSO PROVIDO.

A ação de execução somente se extingue pela satisfação do crédito alimentar quando o devedor paga todas as prestações vencidas e as vincendas, até o dia da efetiva quitação, porquanto prestação de trato sucessivo.

Por conseguinte, não ocorrendo o pagamento de todas as parcelas em atraso, deve ser anulada a sentença prosseguindo-se no regular processamento do feito (TJSC, Ap. Cív. n. 2005.014734-1, de La- ges, rel. Des. Subst. Joel Dias Figueira Júnior, j. em 28-8-2007).

Portanto, mostra-se indiscutível a necessidade de reforma da sentença, com o propósito de dar continuidade à ação de execução na instância *a quo*, até que ocorra o adimplemento da dívida pelo devedor. No entanto, diante da sua não-localização, forçosa se torna a suspensão do feito nos termos do art. 791 do CPC.

Por fim, somente por reforço argumentativo, no que diz respeito à insurgência da apelante contra a diligência não realizada no endereço que fornecera, constata-se que a certidão do oficial de justiça foi juntada na mesma data em que foi interposto o recurso de apelação. Por esse motivo, a apelante não tomou ciência da realização das buscas (fl. 162).

Ante o exposto, dá-se provimento ao recurso para cassar a sentença extintiva de fl. 151 e, em consequência, determina-se o arquivamento administrativo do feito até que seja localizado o devedor ou que sejam encontrados bens para que se efetue a penhora.

DECISÃO

Nos termos do voto do Relator, por unanimidade, dá-se provimento ao recurso para cassar a sentença extintiva de fl. 151 e, em conseqüência, determina-se o arquivamento administrativo do feito até que seja localizado o devedor ou que sejam encontrados bens para que se efetue a penhora.

Participaram do julgamento, realizado no dia 29 de abril de 2008, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Marcus Tulio Sartorato e Maria do Rocio Luz Santa Ritta. Lavrou parecer, pela douda Procuradoria-Geral de Justiça, o Dr. Antenor Chinato Ribeiro.

Florianópolis, 15 de maio de 2008.

Fernando Carioni
PRESIDENTE E RELATOR

Apelação Cível n. 2006.048952-7, de Criciúma

Relatora: Desa. Maria do Rocio Luz Santa Ritta

PROMESSA DE COMPRA E VENDA IMOBILIÁRIA. RESCISÃO POR INADIMPLENTO. REGRESSO AO *STATUS QUO ANTE*, ASSEGURADAS PERDAS E DANOS AO CONTRATANTE INOCENTE (ART. 1.056, CC/16). CLÁUSULA PENAL COMPENSATÓRIA — 10% (ART. 918, CC/16). BASE DE CÁLCULO: VALOR DAS PRESTAÇÕES AMORTIZADAS. REDUÇÃO COMO FATOR DE RESTAURAÇÃO DO EQUILÍBRIO (ART. 924, CC/16 C/C O ART. 51, IV, E §1º, II E III, CDC). POSSIBILIDADE. TAXA DE OCUPAÇÃO — 0,5%. TERMO INICIAL: DATA DA IMISSÃO DO COMPRADOR NA POSSE, EXTENSIVA A TODO O PERÍODO CONTRATUAL DE FRUIÇÃO. MULTA E TAXA: ELEMENTOS DE PREFIXAÇÃO DAS PERDAS E DANOS. LIQUIDAÇÃO EQUÂNIME DO ASPECTO ECONÔMICO DA RELAÇÃO. RECURSOS DESPROVIDOS.

1. Resolvido, por inadimplemento dos promitentes compradores, compromisso de compra e venda imobiliária, opera-se o retorno das partes ao *status quo ante*, ressalvado o direito da promitente vendedora à retenção das perdas e danos (art. 1.056, CC/16). Danos que, caracterizando-se como de consumo a relação existente entre incorporadoras-construtoras e adquirentes de unidades condominiais autônomas (arts. 2º e 3º, CDC), podem ser prefixados em cláusula penal compensatória (art. 918, CC/16) e em taxa de ocupação, desde que ausente abusividade e respeitado o equilíbrio contratual na justa liquidação do aspecto econômico da relação jurídica (art. 51, IV e §1º, II e III, CDC).

2. Para efeito desse ponto de equilíbrio, no caso: a) a cláusula penal compensatória deve incidir no patamar de 10% (dez por cento) sobre o valor das prestações amortizadas pelos promitentes

compradores, e não sobre o valor total do contrato, sob pena de excesso injustificado (art. 51, IV e §1º, II e III, CDC), revelando-se correta a sentença que faz uso da prerrogativa de redução (art. 924, CC/16); e b) a taxa de ocupação, de 0,5% (meio por cento) sobre o valor do imóvel, tem como termo inicial de fluência a data da efetiva imissão do promitente comprador na posse, de forma a abranger todo o período contratual de ocupação indevida, até a ulterior reintegração do promitente vendedor.

3. Recursos desprovidos.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2006.048952-7, da comarca de Criciúma (3ª Vara Cível), em que são apelantes e apelados Edson Damiani e Cia. Ltda., Fabiano Martins e Raquel Chagas Damásio Martins:

ACORDAM, em Terceira Câmara de Direito Civil, por votação unânime, negar provimento aos recursos. Custas legais.

RELATÓRIO

Trata-se de apelações cíveis (art. 513, CPC) interpostas, de um lado, por Edson Damiani e Cia. Ltda. (autora) e, de outro, por Fabiano Martins e Raquel Chagas Damásio Martins (réus), contra a sentença (art. 162, §1º, CPC) do Dr. Juiz da 3ª Vara Cível da comarca de Criciúma que, em ação de rescisão, por inadimplemento, de contrato de compra e venda imobiliária c/c perdas e danos e reintegração de posse, resolveu o mérito com comando de parcial procedência (art. 269, I, CPC) nos termos de dispositivo assim lavrado:

Ante o exposto, acolho o pedido para a) decretar a rescisão do contrato efetivado entre as partes, com a conseqüente reintegração da autora na posse do bem individuado na inicial; b) determinar a restituição, pela requerente aos requeridos, do importe por estes

pagos, devidamente corrigidos (CUB), inclusive o montante pago a título de sinal; c) determinar que seja deduzido do montante a ser restituído o equivalente a 10% (dez por cento) do valor quitado pelos requeridos, a título de perdas e danos, e o importe equivalente a 0,5% (meio por cento) do valor atualizado do imóvel, por mês de ocupação, a título de fruição do imóvel, bem como o valor correspondente ao pagamento das parcelas correspondentes ao imóvel entregue em dação em pagamento (fls. 49-51).

Arcam os litigantes, *ex vi* do art. 21, *caput*, do CPC, com o pagamento, em proporção – atribuindo-se 25% dos ônus ao requerente, cabendo aos requeridos os restantes 75% — das custas processuais, bem como de verba honorária, que fixo em R\$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais), partilhada na proporção acima estabelecida, observando-se, contudo, que os requeridos litigam sob o pálio da assistência judiciária, hipótese em que a verba honorária somente poderá ser cobrada se for feita a prova de que o vencido perdeu a condição de necessitado (Lei n. 1.060/50).

Edson Damiani e Cia. Ltda. (autora), no recurso aviado, postula, como medidas de urgência, (I) a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional (art. 273, § 4º, *c/c* o art. 558, *caput*, CPC) para imediata reintegração na posse do imóvel com venda rescindida, e (II) a expedição de carta de sentença para efeito de execução provisória (art. 475-O, § 3º, I-V, CPC). Como razões para a reforma da sentença, observa que (III) a cláusula penal deve incidir em 10% (dez por cento) sobre o valor total do contrato, e não, unicamente, sobre o valor das prestações pagas pelos então adquirentes (pacto: cláusula 6ª, parágrafo 4º). Indica, caso contrário, (IV) artigos para prequestionamento, pedindo provimento.

Fabiano Martins e Raquel Chagas Damásio Martins (réus), por sua vez, sustentam no apelo interposto que (I) a taxa de 0,5% (meio por cento) do valor do imóvel, relativa ao valor de fruição a que foram condenados sob color de perdas e danos, tem como *dies a quo* a data do inadimplemento das prestações pecuniárias, não retrotraindo à ocupação originária do

imóvel. Pedem provimento do recurso para efeito, exclusivamente, dessa delimitação temporal.

Com contra-razões, ascenderam os autos.

VOTO

I. O caso é de simples resolução: rescindido o contrato por inadimplemento, as partes regressam ao *status quo ante* (cf. Ap. Cív. n. 2005.039333-3, Ap. Cív. n. 2005.013662-3 e, ainda, AI n. 2006.032751-9), ressalvado o direito do contratante inocente às perdas e danos (art. 1.056, CC/16, art. 475, CC/02 e cf. Enunciado 31, CEJ). Nesse ponto específico se centram os recursos, os quais, sobre a liquidação do aspecto econômico da relação jurídica, discutem (a) qual a *base de cálculo* de incidência da cláusula penal (10%) e (b) qual o *termo inicial* de fluência da taxa de ocupação (0,5%), ambos pressupostos para que se defina o (c) valor a ser restituído aos compradores em decorrência do contrato desfeito.

II. Cabe, inicialmente, abrir um breve parêntesis, embora a questão não tenha sido ventilada pelas partes, para realçar possibilidade de se cumular a cobrança da cláusula penal com a taxa de fruição, não sendo o caso de expunção desta *ex officio* (CDC), a despeito dos respeitáveis precedentes contrários (cf. Apelações Cíveis n. 2007.033314-4 e 2006.045050-2). É que ambas, multa e taxa, compõem o universo dos danos prefixados no contrato: aquela corresponde aos prejuízos advindos do *inadimplemento em si considerado*, com a falta de capitalização da construtora para os gastos administrativos de rotina (pagamento de empregados, propaganda, investimento em outras obras etc.), e esta deflui da *ocupação indevida do imóvel e da própria inviabilidade de se lhe dar destinação econômica no período*, com o óbice à percepção de prestações pecuniárias de outra exploração (alugueres, parcelas de compra e venda etc.). A pactuação concomitante dos valores (cláusula e taxa), assim, não resumidos a uma só finalidade,

não se revela pleonástica, nada impedindo previsão conjunta para o amplo ressarcimento dos prejuízos suportados pela fornecedora, desde que o saldo final do litígio se mostre harmônico e não abusivo, e desde que a taxa de ocupação não seja flagrantemente superior à praticada no mercado das locações. Extirpar a taxa, no caso, sem que haja essa exorbitância, e manter válida apenas a cláusula penal de 10% sobre os valores pagos, equivaleria a romper ao avesso o equilíbrio do contrato, permitindo o enriquecimento do comprador ao ocupar imóvel alheio sem justa causa e obstando o ressarcimento, em toda sua extensão, do prejuízo imposto à vendedora, não limitado ao inadimplemento. Daí a possibilidade de previsão de ambos os valores a título de perdas e danos predefinidos (cf. RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das obrigações*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 537, e, com as adaptações de estilo, o art. 416, parágrafo único, CC/02, que explicita o regime já encampado pelo CC/16), pois resultam “de avença prévia, decorrente da vontade das partes, que a fixaram para reparar dano eventualmente oriundo de inadimplemento; deve-se, portanto, supô-la justa” (DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: teoria geral das obrigações*. 17. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 2, p. 393-394).

Postas essas considerações, passo à análise dos recursos.

a. Sobre a cláusula penal compensatória (art. 918, CC/16, e art. 410, CC/02), a incidir em 10% sobre base de cálculo questionada no recurso (valor total do pacto ou valor das prestações efetivamente pagas), é fácil ver que os danos estão assim predefinidos na promessa particular de compra e venda:

Ocorrendo esta situação (vencimento ou rescisão deste contrato) por desistência ou inadimplemento do PROMITENTE COMPRADOR, pactuam as partes que, da totalidade do valor atualizado das parcelas pagas pelo PROMITENTE COMPRADOR, serão deduzidos, além das arras, a pena convencional de 10% (dez por cento), do total do negócio atualizado, e o saldo será devolvido ao PROMITENTE

COMPRADOR, na mesma forma e condições que efetuou junto à PROMITENTE VENDEDORA” (grifo ausente no original).

A redação da cláusula é indigna de encômios. Mesmo assim, permite a quem se lhe depara concluir que, dada a rescisão por inadimplemento, com o retorno do bem ao vendedor e a restituição das parcelas ao comprador, será deduzida de tais parcelas (retida pelo vendedor), a título de cláusula penal, multa de 10% (dez por cento) do *total do negócio*. Claro é o alcance da cláusula.

Cláusula que, assim compreendida, embora se amolde à interpretação que lhe confere a vendedora, não pode subsistir. É que o Código de Defesa e Proteção ao Consumidor incide no campo das relações jurídicas entre construtoras e adquirentes, como destinatários finais (arts. 2º e 3º, CDC), de unidades autônomas em incorporação imobiliária (cláusula primeira e cf. Apelações Cíveis n. 2000.006953-1 e 2002.005450-5), atraindo a eficácia de normas protetivas de ordem pública e interesse social (art. 1º, CDC) com aptidão para limitar vantagens excessivas auferidas pelo fornecedor (art. 51, IV, e § 1º, II e III, CDC). A expressão da cláusula penal compensatória, nesse cenário, deve adstringir-se, na intensidade necessária, ao duplo papel de fator de coerção ao cumprimento da obrigação e de predefinição das perdas e danos defluentes da renitência (cf. GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: teoria geral das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 2, p. 383), pactuada não com absoluta liberdade, mas de forma a, sem estimular o inadimplemento, evitar a oneração excessiva do consumidor e o locupletamento do fornecedor. Esse *ponto de equilíbrio*, na linha da jurisprudência desta Corte e do Superior Tribunal de Justiça, é bem atendido com a fixação da cláusula em 10% sobre o valor das *prestações amortizadas* (cf. REsp. n. 470.327/DF e Ap. Cív. n. 2001.003856-0), ainda que para tanto seja necessário intervenção no pacto (art. 924 do CC/16, cf. MENDONÇA, Carvalho de. apud SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código*

civil brasileiro interpretado. p. 391, e art. 413, CC/02), não impossibilitada por renúncia expressa (cf. Enunciado 355, CEJ).

Nesse sentido:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL. COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. COMPROMISSÁRIO COMPRADOR QUE DESISTE DA NEGOCIAÇÃO. INCIDÊNCIA DE CLÁUSULA PENAL. PERCENTUAL QUE DEVE SERVIR DE MEDIDA INIBIDORA AO INADIMPLENTO E DE COMPENSAÇÃO EM FACE DOS PREJUÍZOS DECORRENTES DO DESFAZIMENTO DO NEGÓCIO. PARTE MÍNIMA DA PRETENSÃO DO AUTOR NÃO ACOLHIDA. APLICAÇÃO DO DISPOSTO NO ART. 21, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. RECURSO DESPROVIDO.

I – Mostrando-se flagrantemente excessiva a cláusula penal ajustada entre as partes em contrato de promessa de compra e venda, adequada é a sua redução para um percentual razoável, capaz de ressarcir eventuais prejuízos sofridos pela promitente vendedora e, ao mesmo tempo, suficiente para coibir o inadimplemento das obrigações por parte do promitente comprador.

Por esses motivos, considerando-se a natureza jurídica e os fins a que se destinam as estipulações da multa compensatória, afigura-se correta a sua fixação em 10% (dez por cento) dos valores amortizados pelo promitente comprador.

II – Tendo o autor decaído de parte mínima de seu pedido, deve o réu responder pela integralidade das despesas processuais e honorários advocatícios, consoante o disposto no art. 21, parágrafo único, do Código de Processo Civil (Ap. Civ. n. 2004.011419-2, de Joinville, rel. Des. Subst. Joel Dias Figueira Júnior, grifo ausente no original).

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL. CONTRATO DE COMPRA E VENDA. COOPERATIVA HABITACIONAL. I – APLICABILIDADE DO CDC. II – RETENÇÃO DE 50% DO PREÇO PAGO A TÍTULO DE CLÁUSULA PENAL E RESTITUIÇÃO DE FORMA PARCELADA. ABUSIVIDADE. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 51, IV, DO

CDC E 924, DO CC/1916. MINORAÇÃO DA CLÁUSULA PENAL PARA O PATAMAR DE 10% DO PREÇO PAGO. III – RETENÇÃO DAS TAXAS DE MANUTENÇÃO, SEGURO E INSCRIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. ENCARGOS ENLOBADOS PELA CLÁUSULA PENAL. IV — SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA PARCIAL REFORMADA. RECURSO PROVIDO PARCIALMENTE PARA, AFASTANDO O PEDIDO DE RESTITUIÇÃO TOTAL DAS PARCELAS, MINORAR A CLÁUSULA PENAL PARA O PERCENTUAL DE 10% SOBRE AS PARCELAS PAGAS.

I – Utilizando o cooperado, como destinatário final, de serviço prestado mediante remuneração pela cooperativa e estando em condição de vulnerabilidade, aplica-se o Código de Defesa do Consumidor para a regência da relação havida. Ademais, a forma como se dão as adesões e os contratos de compra e venda indicam que a associação do cooperado à cooperativa é apenas condição para a realização do negócio e não manifestação de vontade de adesão à cooperativa. Inexiste, assim, o *affectio societatis* necessário.

II — É abusiva, nos termos do art. 51, IV, do CDC, cláusula que estipula a retenção de 50% (cinquenta por cento) sobre o valor das parcelas pagas do preço, em caso de rescisão do contrato de compra e venda, por impor desvantagem exagerada ao consumidor. Precedentes do TJSC e STJ. A rigor, a manutenção desse percentual sem justificativa plausível, implicaria em lesão ao princípio da vedação ao enriquecimento sem causa, pelo que deve ser reconhecida a abusividade mesmo quando inaplicável o CDC. Assim, a minoração da cláusula penal para patamar mais razoável é medida que se impõe, devendo o valor restante ser restituído de maneira imediata e em parcela única.

III – Sendo as despesas e prejuízos advindos do descumprimento contratual englobados pela cláusula penal, *in casu*, não há que se falar na necessidade de retenção das taxas de seguro, inscrição e manutenção do contrato. Precedentes desta Corte (Ap. Civ. n. 2005.029947-5, de Joinville, rel. Des. Subst. Henry Petry Júnior).

RESCISÃO CONTRATUAL. SENTENÇA *EXTRA PETITA*. NÃO OCORRÊNCIA. COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. COOPERATIVA HABITACIONAL. INCIDÊNCIA DO CÓDIGO

DE DEFESA DO CONSUMIDOR. CLÁUSULAS CONTRATUAIS PREVENDO A RETENÇÃO DE 50% DAS PRESTAÇÕES PAGAS E A RESTITUIÇÃO PARCELADA. ABUSIVIDADE. REDUÇÃO DOS VALORES A SEREM RETIDOS PARA A PROPORÇÃO DE 10%. ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA PELO INPC. APELO, EM PARTE, PROVIDO.

1. Sentença *extra petita*, por definição, é aquela que julga a lide em indiferente às circunstâncias de fato expostas enquanto *causa petendi*, ou em desatenção à natureza do pedido formulado (art. 460, CPC). Não ocorre o *error in procedendo* se a sentença atende à congruência que, por consequência do princípio dispositivo, deve haver entre a prestação jurisdicional e a pretensão apresentada em juízo, ou se decide de ofício questão que prescinde de provocação.
2. Em melhor inteligência, à relação entre cooperativa habitacional e cooperado aplicam-se as normas do Código de Defesa do Consumidor: as partes contratantes se enquadram nos conceitos de consumidor e fornecedor, conclusão fortificada pela regra de equiparação do art. 29.
3. Considerando que o princípio da autonomia da vontade não mais admite aplicação genuflecta, a declaração de nulidade de cláusulas abusivas se afigura perfeitamente possível, como importante instrumento assecuratório da efetiva igualdade material entre as partes contratantes.
4. Nessa perspectiva, é indiscutível a abusividade das cláusulas do Termo de Compromisso que, regulamentando o exercício do direito de desistência na aquisição do imóvel, prevêem o reembolso de apenas metade das prestações pagas, a levar-se a efeito, ademais, de maneira diferida no tempo. Além de imporem gravames desmedidos ao comprador da unidade habitacional, ensejam enriquecimento sem causa da cooperativa, em retendo valores exorbitantes.
5. A solução adequada, todavia, não consiste em pura e simplesmente extirpar a cláusula penal, determinando a restituição integral das prestações e ignorando o legítimo direito do contraente inocente de receber o valor atinente à obrigação acessória. Cumpre, antes disso, minorar referida cláusula penal (art. 924 do CC/16), de 50% para 10%, ajustando-a patamar condizente com suas finalidades: coibir a desistência infundada e prefixar o valor relativo às perdas

e danos, nelas compreendidas as taxas de administração, inscrição, manutenção e o seguro habitacional. Assim, “A fim de se evitar enriquecimento injusto de uma das partes, deve a cooperativa reter 10% do valor total das parcelas pagas, monetariamente corrigido, para pagamento de encargos por ela suportados” (AgRg no Ag n. 387392/SP), cumprindo-lhe restituir o excedente, atualizado monetariamente pelo INPC.

6. Readequação das verbas sucumbenciais (Ap. Cív. n. 2002.024601-3, de Brusque, desta subscritora).

Correta se revela, nessa perspectiva, a sentença que faz uso da prerrogativa de redução da cláusula penal para proporções razoáveis (cf. REsp. n. 151.527/PA), principalmente se considerado que o inadimplemento se instaurou apenas em 10-1-2003 (fl. 3), quando o pacto foi firmado, inicialmente, em 26-9-2000, e o aditivo foi subscrito em 10-5-2002, havendo, durante esse período, a amortização de número considerável de parcelas sobre as quais incide o percentual de retenção, de modo que inexistente prejuízo extraordinário a justificar multa superior. No ponto, não há reparos a realizar, incólume a decisão, não sendo necessário, para firmar esse entendimento, passar a afastar academicamente os dispositivos legais indicados para prequestionamento (arts. 5º, *caput*, e 6º, *caput*, e arts. 196 e 198, da CF, e arts. 6º, 7º e 9º da Lei n. 8.088/90), por isso que o Poder Judiciário não é órgão consultivo (Ap. Cív. n. 2005.009887-3) e que satisfaz sua missão decidindo a causa nos limites da *litiscontestatio*, mesmo que não exauridos os fundamentos jurídicos invocados.

b. A taxa de fruição (0,5%), noutro giro, cujo termo inicial é agora questionado (efetiva ocupação ou inadimplemento), vem assim disposta:

Nessa situação, se ocorrendo (acrescento: a rescisão) após a emissão do habite-se, as partes resolvem ajustar em 0,5% (meio por cento) do preço total atualizado deste contrato, o valor mensal a ser debitado do PRO-MITENTE COMPRADOR por conta da fruição dos imóveis, além das demais obrigações (grifo e acréscimo ausentes no original).

Esse termo inicial de fluência da taxa de fruição (desde a ocupação originária), tal como previsto na cláusula, justifica-se plenamente, não havendo base jurídica que autorize o protraimento da incidência (para a data do inadimplemento). Conclusão que deriva da própria equação resolutiva. Note-se que, rescindida a compra e venda, a conseqüência é a restituição ao comprador da totalidade das prestações pagas, com efeitos retroativos ao início do contrato (*ex tunc*), ressalvada a retenção de 10% (dez por cento) a título de multa. E se as prestações relativas a todo o período contratual são restituídas, isso significa que durante todo o período a ocupação se tornou indevida, porque desapareceu a contraprestação que a autorizava. Daí se tornar necessária a fixação de uma verba que indenize a ocupação por todo o período, porque “A ninguém é dado ocupar gratuitamente imóvel de outrem” (Ap. Cív. n. 50.606), por um átimo que seja. Do contrário, o efeito *ex tunc* operaria pela metade: as prestações de todo o período seriam devolvidas, mas não seria indenizado todo o lapso de ocupação.

Vale rememorar (item II) que o percentual (10%) retido sob color de multa não se destina a compensar essa ocupação indevida, nem tem envergadura para fazê-lo. A multa contratual se destina a ressarcir a falta de capitalização da vendedora, no período da impontualidade, para fazer frente às despesas administrativas de rotina (cf. REsp. n. 712.408/MG), e a isso se limita. Para indenizar o uso ilegítimo do imóvel, ou mesmo a impossibilidade de empregá-lo em finalidade rentável, o encargo devido é a taxa de ocupação, como predefinição dos alugueres devidos, que incide, necessariamente, durante todo o período de fruição, porque devolvidas todas as prestações que a autorizavam.

Sobre o assunto:

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL C/C REINTEGRAÇÃO DE POSSE E PERDAS E DANOS – JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE – CERCEAMENTO DE DEFESA – INOCORRÊNCIA – PRESSUPOSTOS DO ART. 514 DO CPC PREENCHIDOS – CONHECIMENTO DO

RECURSO – CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL – ONEROSIDADE DAS PRESTAÇÕES – ASSERTIVAS CONFUSAS E SEM FUNDAMENTO – VALOR FINANCIADO SUPERIOR AO PREÇO À VISTA – *PACTA SUNT SERVANDA* – HIGIDEZ DO NEGÓCIO JURÍDICO – INEXISTÊNCIA DE CLÁUSULA CUJA ABUSIVIDADE JUSTIFIQUE A REVISÃO COM FULCRO NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – CUMPRIMENTO DO CONTRATO – RETENÇÃO POR BENFEITORIAS – CABIMENTO – CONSTRUÇÕES EFETUADAS QUANDO A POSSE EXERCIDA DE BOA-FÉ – ART. 1219 DO CC – PERDAS E DANOS – *ALUGUÉIS DEVIDOS DURANTE O TEMPO DE OCUPAÇÃO DE IMÓVEL* – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO (Ap. Cív. n. 2006.011875-2, rel. Des. Subst. Sérgio Izidoro Heil, grifo ausente no original).

APELAÇÃO CÍVEL. [...] *CONDENAÇÃO DOS PROMITENTES COMPRADORES AO PAGAMENTO DE ALUGUEL DURANTE O TEMPO DE OCUPAÇÃO DO IMÓVEL. FIXAÇÃO DO QUANTUM*. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS IDÔNEOS PARA A SEGURA CONSTATAÇÃO DO CORRETO VALOR. ARBITRAMENTO RELEGADO PARA A FASE DE LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA (Ap. Cív. n. 2005.036336-1, desta subscritora, grifo ausente no original).

APELAÇÃO CÍVEL — CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL — RESCISÃO POR INADIMPLENTO DO COMPRADOR — *DEVER DE PAGAR ALUGUÉIS PELO PERÍODO DE OCUPAÇÃO* — APELO DESPROVIDO.

“A ninguém é dado ocupar gratuitamente imóvel de outrem, sendo que, à luz do art. 1.056, do Código Civil, deve, aquele que deu causa à rescisão, compor as perdas e danos defluentes de sua inadimplência contratual” (Apelação cível n. 50.606, de Gaspar, Rel. Des. Eder Graf) (Ap. Cív. n. 2002.011227-0, Des. Orli Rodrigues grifo ausente no texto original).

INDENIZAÇÃO POR PERDAS E DANOS. CONTRATO DE COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA RESCINDIDO EM JUÍZO POR CULPA DO PROMITENTE COMPRADOR. *DIREITO AO RESSARCIMENTO DE ALUGUÉIS PELO TEMPO EM QUE PERMANECEU NO IMÓVEL, INDEPENDENTE-*

MENTE DO DEVER DOS VENDEDORES DE DEVOLVER AS PARCELAS PAGAS. VALORES QUE NÃO SE CONFUNDEM, MAS SE COMPENSAM AO FINAL.

Declarada em juízo a rescisão do contrato de compromisso de compra e venda de imóvel por culpa da promitente compradora, *fazem jus os alienantes à indenização por perdas e danos resultantes do uso e posse do imóvel pelo tempo em que perdurou a avença. A este título, inclui-se o pagamento, por parte da compradora, dos valores dos aluguéis de um imóvel do mesmo porte, a ser feito por arbitramento, os quais não se confundem com o dever dos vendedores de devolver as prestações pagas. Tais verbas são independentes, embora, ao final, possam ser compensadas (Ap. Cív. n. 2000.019366-6, rel. Des. Carlos Prudêncio, grifo ausente na versão original).*

Novamente correta se mostra, assim, a sentença, incidindo a taxa de ocupação sobre todo o período de fruição do bem, desde a imissão do adquirente na posse até, desfeito o pacto, a efetiva reintegração da vendedora.

Com isso, a questão central dos recursos fica superada.

III. Por fim, os pedidos de antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional e de expedição de carta de sentença para execução provisória, feitos no trâmite do recurso de apelação, não merecem, mesmo agora, deferimento.

Nessa fase de julgamento colegiado do recurso de apelação, escasso é o interesse processual na obtenção de tutela antecipatória (art. 273, § 4º, CPC c/c o art. 558, *caput*, CPC). A efetivação de tal tutela se rende, no que couber, ao regime da execução provisória (art. 273, § 3º, CPC c/c o art. 475-O, CPC), mesmo regime a que sujeita esta decisão em sede de apelação, a ser desafiada, quando muito, por recursos (especial e extraordinário) sem eficácia suspensiva (art. 475-I, § 1º, c/c o art. 542, § 2º, CPC). Deferir a antecipação no corpo do acórdão de apelação é medida anódina, afinal,

após a decisão do Tribunal na apelação, a efetivação do julgado fica serviente, em regra, às normas da execução provisória, aplicáveis,

no que couber, à própria antecipação da tutela perseguida (art. 273, § 3º, *c/c* o art. 475-O, III, ambos do CPC), reduzindo o interesse na providência (Ap. Cív. n. 2006.031697-0, de relatoria desta subscritora).

No atual regime de cumprimento de sentença, ademais, não é adequada, para fins de execução provisória (art. 475-I, § 1º, CPC), a extração da postulada carta de sentença. Cabe ao exequente, ao requerer a execução, instruir a petição (art. 475-O, § 3º, I-V, CPC) com cópia da decisão exequenda, certidão de recebimento do recurso no só efeito devolutivo, procurações e outras peças eventualmente necessárias, documentos por ele mesmo fotocopiados e declarados autênticos pelo profissional da advocacia que subscreve o pedido (art. 544, § 1º, CPC). Nesses termos, caso haja a interposição de recurso especial ou extraordinário, é possível ao autor incoar a execução provisória sem maiores formalismos, em autos secundários, por ele formados, “*que fazem as vezes da carta de sentença*” (NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, , 2006. p. 659).

IV. Isso posto, voto pelo desprovimento dos recursos.

DECISÃO

Por unanimidade, a Câmara desprovê os recursos.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Fernando Carioni, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Marcus Tulio Sartorato.

Florianópolis, 8 de abril de 2008.

Maria do Rocio Luz Santa Ritta
RELATORA

Apelação Cível n. 2007.039489-8, de São José

Relatora: Desa. Maria do Rocio Luz Santa Ritta

COBRANÇA DE SEGURO C/C DANOS MORAIS. INCÊNDIO EM IMÓVEL RESIDENCIAL. COBERTURA NEGADA POR SITUAR-SE O BEM EM ÁREA DE “FAVELA”. CIRCUNSTÂNCIA SUPERADA COM A CONTRATAÇÃO APÓS VISTORIA E O RECEBIMENTO CONSCIENTE DOS PRÊMIOS, SOB PENA DE SUBVERSÃO NA NATUREZA ALEATÓRIA DO PACTO E DE QUEBRA ATUARIAL PELO AVESSE. RESTRIÇÃO, ALÉM DISSO, PRECONCEITUOSA E DISCRIMINATÓRIA, NÃO FUNDADA EM SITUAÇÃO CONCRETA DE INCREMENTO DO RISCO. INDENIZAÇÃO SECURITÁRIA DEVIDA, NO CASO, PELO VALOR-TETO. HIPÓTESE EXCEPCIONAL DE INADIMPLEMENTO CONTRATUAL APTO A OCASIONAR DANOS MORAIS. SOFRIMENTO MATERIALIZADO NO RETARDO NA REFORMA DO LAR E NO CARIZ PRECONCEITUOSO DA NEGATIVA. QUANTIFICAÇÃO. CRITÉRIOS. MINORAÇÃO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO, PARA ESSE FIM.

1. Havendo prévia vistoria no imóvel segurado, na qual conhecido o bem e avaliados os riscos sobre ele incidentes, a posterior formalização do contrato, com o recebimento consciente dos prêmios, torna superada a recusa motivada nas só características do imóvel, sob pena de burla à natureza aleatória do pacto e de quebra atuarial pelo avesso. Afinal, se o bem não poderia ser segurado nos padrões do pacto futuro, o correto seria recusar a contratação no momento da vistoria, não se permitindo o ato de aceitá-la, receber os prêmios e esperar a ocorrência de eventual sinistro para a deliberada negativa de cobertura, apropriando-se de valores.

2. Diante do postulado ético-jurídico que informa os pactos securitários, injustificável é a negativa de indenização fundada no simples fato de o imóvel situar-se em área de “favela”, quando a circunstância não agrava, em absoluto, o risco do incêndio involuntário a que submetido. Delimitação de risco (art. 757, CC/02) com essa expressão representa prática preconceituosa e abusiva (art. 51, I, IV, e §1º, II, CDC), tornando insubsistente a recusa e compelindo a seguradora a indenizar os danos defluentes do sinistro, representados, no caso, pelo valor-teto constante da apólice.

3. A regra de que o simples inadimplemento contratual (negativa infundada de indenização securitária), não acarretando lesão significativa a direitos de personalidade, mas mero aborrecimento inerente à vida em sociedade, revela-se terreno infértil à eclosão dos danos morais não é princípio inflexível ou absoluto, cedendo espaço em casos de lesividade transcendente. Exceção que se verifica quando o descumprimento pactual, em circunstâncias preconceituosas, gera retardo na reforma de lar residencial, com isso afetando a tranquilidade anímica do lesado, cujos danos não se limitam à só perda de recursos em negócio jurídico frustrado.

4. Para efeito de quantificação dos danos morais, levar-se-ão em conta a grave reprovabilidade da conduta, o expressivo porte econômico da lesante, a considerável intensidade do sofrimento psicológico causado e a finalidade admonitória da sanção; tais circunstâncias devem, porém, ser sopesadas com o óbice ao enriquecimento sem causa, num cenário em que a indenização fixada merece redução.

5. Recurso, nesses termos, parcialmente provido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2007.039489-8, da comarca de São José (2ª Vara Cível), em que é apelante Sul América Companhia Nacional de Seguros S.A., e apelado Vanderlei de Souza:

ACORDAM, em Terceira Câmara de Direito Civil, por votação unânime, dar provimento parcial ao recurso. Custas legais.

RELATÓRIO

Trata-se de apelação cível interposta por Sul América Companhia Nacional de Seguros S.A. da sentença do Dr. Juiz de Direito da 2ª Vara Cível da comarca de São José que, em ação de cobrança c/c indenização aforada por Vanderlei de Souza contra a Sudamérica Vida Corretora de Seguros Ltda. e a apelante, resolveu a lide com o seguinte dispositivo:

Por todo o exposto, na forma do art. 269, I, do CPC, resolvo o mérito para condenar a ré ao pagamento da indenização pelos danos materiais cobertos, no limite da apólice de fl. 152, bem como de danos morais [...] no valor de cem mil reais.

Arca o vencido com o pagamento das custas processuais e honorários de advogado, que fixo em 20% sobre o valor da causa devidamente corrigido.

Deve o autor pagar os honorários da primeira ré, que arbitro em dois mil reais, condicionando sua exigência às regras do art. 12 da LA.

P.R.I.

Em razões recursais, sustenta a Sul América S.A. que: 1) é lícita a delimitação, em contratos de seguro, dos riscos a serem cobertos em caso de sinistro (art. 757, CC/02), pelo que não pode ser condenada a indenizar os danos defluentes de incêndio residencial se o pacto expressamente excluía de cobertura os “*imóveis localizados em favelas*”, caso dos autos; 2) os danos verificados no imóvel se limitam a R\$ 8.960,00 (oito mil novecentos e sessenta reais), e por isso não subsiste, diante do princípio indenitário, a

condenação judicial pelo valor total da apólice, de R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais); 3) não cabe indenização por danos morais em função de mero inadimplemento contratual, sem reflexos significativos em direito de personalidade (art. 5º, X, CF); 4) o valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), arbitrado a título de lesão anímica, patrocina enriquecimento sem causa, merecendo minoração. Com isso, pede provimento.

Contra-arrazoado o recurso, ascenderam os autos.

VOTO

1. Embora seja lícita, em princípio, a delimitação dos riscos abrangidos pela cobertura securitária (art. 757, CC/02), liberando a seguradora de eventos exógenos, essa prefixação de responsabilidade não atua na hipótese.

É fato público e notório (art. 334, II, CPC) que seguradoras em geral, por meio de prepostos ou instituições intermediárias, realizam vistorias em imóveis antes de assegurá-los contra sinistros, procedimento que foi efetivamente adotado na hipótese. Nem chega a haver séria controvérsia quanto a isso (art. 302, CPC). Ora, vistoriando o bem e, ainda assim, aquiescendo à formalização do pacto, com o recebimento, ao longo dos anos, de prêmios sem nenhuma ressalva, não é lícito à seguradora furtar-se ao pagamento da indenização, caso sobrevenha ilícito objetivamente assegurado, sob o argumento de que a coisa segurada se situa em local excluído de cobertura (“*favela*”). Se bens situados em tais localidades são excluídos (por absurdo), o correto seria (também por absurdo) recusar a contratação no momento da vistoria, e não aceitá-la, receber os prêmios e invocar o “trunfo” de, dado o sinistro, negar a indenização apropriando-se do dinheiro. Conduta que, admitida, quebraria a técnica atuarial pelo avesso: haveria receita (prêmio) sem a possibilidade, sequer eventual (risco), da despesa (indenização), em ordem a retirar a própria álea inerente ao

negócio (cf. Ap. Cív. n. 2007.027502-4). Seria a consagração da ganância e da má-fé, a levar à inexorável conclusão de que qualquer restrição de cobertura suscetível de constatação na prévia vistoria tenha sido superada com a ultimação do pacto.

Mas não é só, há um fundamento residual: a negativa fundada no simples fato de o imóvel localizar-se numa “*favela*” representa, no caso, prática preconceituosa e intolerável. Para dizer o mínimo. Note-se que, na hipótese concreta, a peculiar localização do bem em nada concorreu para o sinistro. O danos decorreram de incêndio involuntário, evento com potencial para verificar-se em qualquer localidade, não se relacionando aos sinais de violência urbana ou ao maior perigo que pode representar, em tese, o situar-se em algumas dessas áreas (“*favelas*”) especificamente consideradas. Negar a indenização com base, apenas, na localização do imóvel em abstrato, sem sequer cogitar de uma causa concreta de agravamento do risco derivada de tal circunstância, é conduta simplesmente lamentável e bem demonstra o nível ético de consciência da seguradora, sem nenhum compromisso com a função social (acentuada) do contrato que opera. Enfim: a indenização, à evidência, é devida.

2. Indenização que, embora não se desconheça o princípio indenitário argüido no recurso, deve mesmo obedecer ao teto previsto na apólice, de R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais – fl. 152), atualizados e com juros de mora.

Fácil é ver que a seguradora, em sua anêmica contestação, não faz referência ao valor dos danos realmente incutidos ao imóvel, os quais alega, somente agora, limitados a R\$ 8.960,00 (oito mil novecentos e sessenta reais). Não houve observância, no ponto, ao princípio da eventualidade (art. 302, CPC), cuja conseqüência é a presunção de veracidade contra a parte desatenta, e nem se pode inovar em sede recursal com matéria de fato não argüida na origem em tempo e forma hábil (art. 517, CPC). Daí já se

justifica manter a indenização pelo teto da apólice, conforme habilmente reconhecido na sentença.

Cabe acrescentar, de toda sorte, que a alegada “*sindicância*” realizada no bem, que demonstraria que os danos se cingem a R\$ 8.960,00 (oito mil novecentos e sessenta reais), simplesmente não consta dos autos, não sendo crível, diante da fotografia do local (fl. 82), que os prejuízos se limitem a isso. Razões que se somam na manutenção da sentença, despojado o recurso.

3. Por outro lado, a regra de que o simples inadimplemento contratual (negativa infundada de indenização securitária), não acarretando lesão significativa a direitos de personalidade, mas mero aborrecimento inerente à vida em sociedade, revela-se terreno infértil à eclosão dos danos morais (cf. REsp. n. 723.729 e n. Ap. Cív. 2004.028952-9) não é princípio inflexível ou absoluto, e cede em situações excepcionais de lesividade transcendente (cf. Ap. Cív. n. 2003.010367-8).

E no caso, é evidente a nota da excepcionalidade. O autor, pessoa de origem humilde, tanto assim que reside em uma “*favela*” (para usar a expressão da seguradora), em função do infeliz inadimplemento se viu privado dos recursos necessários à reforma de seu lar incendiado. A aflição que isso gera, por óbvio, transcende à simples perda de tempo ou de recursos derivada dos inadimplementos ordinários. Situação agravada pelas próprias circunstâncias da negativa, fundada em premissa discriminatória, apta a gerar um sentimento de tristeza e revolta. Não é esse o tratamento que merece um cidadão que, mesmo com humildes rendimentos (fl. 83), cumpre suas obrigações e paga o prêmio, nem é correto negar que alguém assim tratado suporte abalo moral indenizável.

4. Firmado o dever de indenizar, é consabido que a quantificação dos danos morais deve ser feita de acordo com as peculiaridades do caso concreto, levando-se em conta, sobretudo: o dolo ou o grau de culpa do

ofensor; a intensidade do sofrimento psicológico gerado pelo ilícito; a finalidade admonitória da sanção, para que o evento não se repita; e, por fim, o bom senso, para que a indenização não seja irrisória, nem extremamente gravosa, a ponto de gerar um enriquecimento sem causa ao ofendido (cf. Ap. Cív. n. 2005.011800-3).

Sopesados tais critérios, é de pôr-se em linha de conta, de um lado, a grave reprovabilidade da conduta, a considerável intensidade do dano, o expressivo porte econômico da seguradora e a finalidade admonitória da sanção. De outro lado, deve ser considerado o veto ao enriquecimento sem causa como fator isolado de atenuação. E assim equacionados os vetores, parece que o valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), atualizado a partir desta data e com juros de mora a partir da citação, é adequado para amenizar os efeitos deletérios do ato ilícito, sem ocasionar proveito demasiado. Compensa e admoesta na dose. Valor inferior seria leniência. Superior, porém, seria cortesia.

5. Isso posto, voto pelo provimento parcial.

DECISÃO

Por unanimidade, a Câmara provê parcialmente o recurso para reduzir a indenização por danos morais para R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Fernando Carioni, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Marcus Túlio Sartorato.

Florianópolis, 15 de abril de 2008.

Maria do Rocio Luz Santa Ritta
Relatora

QUARTA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

APELAÇÕES CÍVEIS

Apelação Cível n. 2004.031558-7, de Joinville

Relator: Des. Trindade dos Santos

COBRANÇA. CONSTRUÇÃO. SUBEMPREITADA. SERVIÇOS COMPLEMENTARES. PRESTAÇÃO COMPROVADA. PLEITO EM PARTE ACOLHIDO. IRRESIGNAÇÃO APELATÓRIA. PARCIAL PROVIMENTO.

1. Em contrato de subempreitada, ainda que não tenha havido ajuste escrito a respeito, os acréscimos efetiva e comprovadamente executados às claras, sob a fiscalização da empreiteira responsável pelas obras e determinados por prepostos seus, impõem-se pagos nos valores apurados, pena de fomentar-se o enriquecimento sem causa daquela que os contratou, com o conseqüente empobrecimento de quem os executou.

2. Em ação ordinária de cobrança, estabelecida e considerada sentencialmente a reciprocidade sucumbencial, ambas as litigantes respondem proporcionalmente pelos encargos da sucumbência. No referente à verba advocatícia, incumbe à demandada arcar com aquela incidente sobre o valor da sua condenação, cabendo à autora, por seu turno, arcar com a mesma verba, não em quantia fixa, mas no mesmo percentual, sobre a quantia extraída do importe inicialmente pleiteado.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2004.031558-7, da comarca de Joinville (4ª Vara Cível), em que é apelante Engepasa Engenharia do Pavimento S.A., e apelada Empreiteira de Mão de Obra Antunes Ltda.:

ACORDAM, em Quarta Câmara de Direito Civil, por votação unânime, em prestar parcial provimento ao apelo. Custas Legais.

RELATÓRIO

Não se conformando com a sentença que acolheu em parte os pedidos formulados por Empreiteira de Mão de Obra Antunes Ltda., na demanda ordinária de cobrança contra si proposta, interpôs Engepasa Engenharia do Pavimento S.A. recurso de apelação, no qual aduz que as negociações entabuladas pelas litigantes sempre foram concretizadas por meio de instrumentos contratuais escritos, e os serviços executados pela autora registrados em documento denominado *boletim de medição de serviços*; afirma que aludido documento, em conjunto com as respectivas notas fiscais e as assinaturas dos representantes legais das partes, fazem prova do pagamento dos serviços efetivamente prestados pela recorrida.

Expôs jamais ter autorizado, entretanto, a execução de serviços por intermédio de “diários de obras”, em especial os que foram juntados aos autos com a peça de entrada, ainda mais quando, a par de se tratar de documentos de emissão unilateral, não contêm eles a assinatura do engenheiro responsável pela execução das obras.

Acentuou, mais, não terem os engenheiros por si contratados para o acompanhamento da execução das obras poderes para delegá-los aos mestres-de-obras, estes que apuseram suas firmas nos aludidos “diários de obras” e que não tinham conhecimento dos termos da avença celebrada entre as litigantes. Asseverou não poderem os serviços objeto da demanda ser considerados “extra contratos”, até mesmo porque seu representante

legal assim não os reconheceu, bem como que, se houve a prestação afirmada na inicial, o correspondente pagamento já foi satisfeito.

Aduziu que os serviços “extra contratos”, acaso realizados, deveriam ter sido autorizados pelo engenheiro da obra, o que não ocorria no caso, uma vez que eram eles incluídos no boletim de medição mensal, com a posterior emissão, pela recorrida, de uma nota fiscal de cobrança, que englobava a totalidade dos serviços prestados mensalmente. Argumentou, ainda, que, por se tratar de contrato de empreitada, eventuais alterações na execução das obras dependiam de orientação escrita do engenheiro, orientação essa que, inexistente, retira da apelada qualquer direito à percepção dos valores buscados.

Apregou que, ao deixar de se manifestar sobre os termos da contestação, a apelada reconheceu a veracidade das afirmações nela contidas, acrescentando-se a isso o fato de inexistir nos autos qualquer notificação por parte da autora que reclame o pagamento dos valores em questão.

Encerrando, pleiteou a reforma do decisório atacado também no tocante à verba honorária arbitrada, a fim de que seja ela fixada entre 10% (dez por cento) e 20% (vinte por cento) da derrota experimentada pela apelada.

Ao reclamo recursal foi oferecida resposta.

VOTO

Vincula-se o inconformismo da recorrente à sentença que, nos autos da ação de cobrança de serviços complementares executados em razão de contrato de subempreitada, reconheceu a parcial procedência dos pedidos formulados pela recorrida.

Subdivididos em tópicos distintos os argumentos insurgenciais trazidos à baila pela demandada, na busca da reversão da condenação que lhe foi imposta, tem-se:

1 Subempreitada. Serviços extraordinários. Acréscimo da obra. Autorização verbal. Valores devidos

Buscou a apelada, com a demanda promovida, alcançar o recebimento da cifra de R\$ 86.993,50 (oitenta e seis mil novecentos e noventa e três reais e cinquenta centavos) correspondente à remuneração dos serviços complementares por si prestados, em regime de subempreitada, em favor da insurgente em obras na empresa Tigre, na Prefeitura Municipal de Joinville e no Caic de São Bento do Sul, pretensão essa à qual se opôs a demandada; entretanto, a pretensão resistida foi acolhida em parte na esfera monocrática, relegada a apuração dos valores efetivamente devidos à etapa de liquidação de sentença.

Escorreita, no entanto, a conclusão sentencial atacada!

Sustentou a recorrida ter prestado serviços em três obras distintas nos anos de 1995 e 1996, mais precisamente as contratadas pela empresa Tigre, pela Prefeitura de Joinville e pelo Caic de São Bento do Sul, sem que a demandada, no entanto, efetuasse o pagamento correspondente aos serviços acrescidos, estes relacionados nos “diários de obras” trazidos aos autos, os quais contêm o registro de todas as atividades desenvolvidas e das horas de trabalho despendidas para tanto (fls. 10-287).

Centra-se a controvérsia, pois, na prestação ou não de serviços complementares pela apelada nas obras aqui referidas, por não haver previsão escrita quanto a tais serviços, e por ter a demandada negado que os houvesse determinado ou autorizado.

Entretanto, em que pese a oposição da apelante, os elementos probatórios contidos nos autos abonam os dizeres da peça preludeal!

Os “diários de obras” de fls. 10-287, muito embora tragam o timbre da empreiteira recorrida, assinale-se, contêm eficiência como início de prova a abonar a preservação do veredito condenatório impugnado.

Ora, de forma minuciosa relacionam aludidos “diários” os serviços complementares executados, com a quantidade de horas empregadas, o que confere um certo aspecto de verossimilhança à exposição fática introdutoriamente desenhada pela postulante, ainda que se reconheça que, isoladamente, não teriam eles força bastante para alicerçar a procedência do pedido portal, fazendo-se vital o seu confronto com os demais elementos de convicção assentados nos autos.

Contudo, de um cotejo desses “diários de obras” com a prova técnica produzida (fls. 348-352 e 362-372) e com a prova testemunhal colhida, dúvidas não permanecem quanto a terem sido executados pela demandante, nas obras precedentemente referidas, acréscimos determinados verbalmente pela irresignada recursal e por ela fiscalizados, os quais foram acompanhados sem a menor objeção.

Assim, em atendimento ao quesito n. 9 formulado pela própria apelante, afirmou o louvado judicial (fl. 351) que, apesar de não terem sido por ela emitidos, os “diários de obras” contêm a rubrica de um mestre-de-obras e/ou responsável, pessoas que certamente integravam o quadro funcional da insurgente e não o da recorrida.

E, ao complementar a peça técnica que emitiu, enfatizou o *expert* que, em razão da inércia da recorrente, a qual deixou de trazer aos autos o contrato de empreitada por ele requisitado, para viabilizar o reconhecimento dos emitentes das assinaturas lançadas nos “diários de obras” contidos no processo, alternativa outra não lhe restou que não a de solicitar o comparecimento pessoal dos mestres-de-obras Arlindo Weiduschadt e Paulo César Cipriano, ambos vinculados empregaticamente à insurgente e destacados para a execução das obras aqui questionadas, bem como o

de Onivaldo Antunes dos Passos, este empregado da apelada, para que procedessem ao reconhecimento dos documentos trazidos com a inicial e das assinaturas neles contidas (fl. 363).

Atendendo à solicitação do auxiliar da justiça, os funcionários acima compareceram. Os dois primeiros reconheceram como suas as firmas que figuram em alguns dos “diários de obras” adunados à peça de entrada, diários esses correspondentes aos serviços extraordinários ou acrescidos executados pela autora por determinação dos engenheiros responsáveis pelas obras (fls. 363-364).

O preposto da recorrida, por seu turno, corroborou esses reconhecimentos, aditando que as assinaturas consignadas em outros diários partiram de Pedro Inácio Homem, João Ademir e Ozair Hoffmam da Cruz, todos mestres-de-obras subordinados à acionada (fls. 364-365).

Comprometendo-se ainda mais com a verdade dos fatos, firmaram eles as declarações particulares de fls. 367, 370 e 371, as quais corroboraram todas as afirmações feitas ao experto e nas quais se sustentou o laudo complementar de fls. 362-366.

Não bastassem essas declarações, o perito nomeado pelo Juízo, cujo trabalho foi deveras brilhante, entrou em contato, por telefone, com Pedro Inácio Homem, um dos mestres-de-obras contratados pela insurgente, o qual afirmou ter desempenhado as suas funções na obra contratada pela empresa Tigre e que partiram dele as determinações dadas à apelada para que executasse os serviços complementares alvo do pedido exordialmente formulado (fl. 364).

Entrelaçadas as conclusões periciais destacadas com os “diários de obras” de fls. 10-287, material probante suficiente à confirmação do provimento jurisdicional investido já repousaria nos autos, evidenciando, de forma irrefragável, ter a apelada efetivamente executado serviços complementares nas obras indicadas na inicial em estrita observância

às instruções recebidas da postulante recursal, que, ressalte-se, em todo momento esteve presente, por prepostos seus, nos locais de prestação dos serviços subempregados e manifestou concordância, na pior das hipóteses tácita, com os acréscimos realizados.

E, para finalizar, enterrando de uma vez por todas a pretensão de improcedência do pedido portal, há nos autos os depoimentos prestados por Onivaldo Antunes dos Passos, José Pedro dos Santos, Arlindo Weiduschadt e Paulo César Cipriano (fls. 394-398), os três últimos que, à época dos fatos, mantinham vínculo empregatício com a apelante.

Referidas pessoas, ao prestarem declarações na condição de preposto e de testemunhas indicadas pela apelada, respectivamente, foram uníssonas em afirmar que a realização de serviços complementares pela autora era extremamente comum durante a execução da subempregada e que a apelante tinha amplo conhecimento desses serviços, uma vez que as ordens para executá-los eram dadas pelo engenheiro responsável pelas obras e tocava aos mestres-de-obras firmar os diários juntados com a exordial.

Esclareceu, a respeito, o preposto da recorrida, Onivaldo Antunes dos Passos (fl. 395):

que ratifica os termos da declaração que assinou à fl. 371; que trabalhou para a requerente durante alguns anos entre outras funções na de apontador; que os serviços não previstos no contrato eram solicitados pelo engenheiro ao mestre de obras; que os serviços era tipo descarga de materiais, demolições, limpeza de obra, reboco e outras (*sic*) serviços fora do contrato; que o depoente anotava os serviços nos memorandos e depois eram vistados pelos mestres de obras; que as horas extras foram se acumulando e não foram pagas pela requerida.

Na mesma direção, enfatizou a testemunha José Pedro dos Santos (fl. 394):

que trabalhou para a requerida na função de encarregado de obras; que sempre que aparecia um serviço extra, o engenheiro solicitava

e a empresa autora realizava os serviços; que era subordinado do mestre de obras e era ele quem assinava os memorando informando a execução da obra; que trabalhou nas obras da prefeitura de Joinville e no caíque de São Bento do Sul; que o mestre de obras em São Bento era o Sr. Arlindo e aqui na obra de Joinville era o Sr. Manoel e o Sr. Paulo César Cipriano; que era comum aparecer a necessidade de serviços extras fora do contrato; [...] que sabia que os serviços eram fora do contrato porque o engenheiro comentava, autorizando a execução dos serviços.

Da mesma forma, afirmou Paulo César Cipriano, à fl. 396:

que confirma integralmente a declaração de fl. 370 dos autos; que era comum a realização de serviços não previstos no contrato da obra; que esses serviços eram conhecidos como descarga de material; que eram realizados serviços de limpeza da obra também conhecidos como serviços administrativos; que os serviços eram autorizados pelo engenheiro da obra e vistados pelo mestre de obras que acompanhava a execução dos serviços; que um canhoto dos memorando acompanhava os trabalhos de mediação da obra para posterior pagamento; que trabalhou junto com o Sr. Pedro Inácio Homem na obra da Tigre; que ele era o mestre geral da obra e por isso assinava os memorandos; [...] que Pedro vistava os documentos na presença do depoente porque era o depoente que ajudava a fiscalizar a execução do serviço; que conversou com Pedro sobre o assunto e ele confirmou as assinaturas nos memorando indicados mas negou a presença no depoimento judicial. [...] que é praxe em todas as obras, a anotação dos serviços extras num memorando, devidamente autorizado pelo engenheiro para posteriormente ser incluído na medição e posterior inclusão no pagamento.

Não divergindo, expôs, por último, Arlindo Weiduschadt:

que ratifica os termos da declaração de fl. 367; que a realização do serviço era solicitada pelo engenheiro da obra; que os memorandos depois eram vistados pelo depoente que comprovava a realização da obra; que normalmente os serviços vistados eram extra contratual porque aquilo que estava no contrato não precisava ser vistado; que as vezes quem vistava no mesmo documento era o próprio apontador; [...] que o engenheiro da obra lhe disse que os serviços constantes no memorando eram extra contratuais e orientava o

mestre de obras a vistá-lo; que os engenheiros nominados eram da empresa requerida (fl. 398).

Resta patenteado, em assim sendo, que os serviços extraordinários objeto de cobrança foram realizados com a plena anuência da apelante, que, ao contrário do que alega nas suas razões recursais, atribuía poderes ao engenheiro responsável pelas obras para que determinasse a execução desses serviços sempre que necessário.

De outro lado, os testemunhos colhidos, diga-se de passagem, prestados todos eles por ex-funcionários da apelante e que, nessa condição, mantiveram contato direto com as obras referidas na inicial, deixam claro que os mestres-de-obras somente firmavam os “diários de obras”, trazidos com a peça introital, após autorização do engenheiro responsável.

Ora, se os engenheiros contratados não possuíam poderes para tanto, incumbia à apelante forrar os autos com elementos probantes a demonstrar quais os poderes outorgados a eles, para evidenciar que não lhes era dado determinar a feitura de qualquer acréscimo nas obras contratadas, comprovando, com isso, fato impeditivo do direito da apelada.

O que não se pode aceitar como verossímil é a alegação de não estarem referidos profissionais autorizados a delegar aos mestres-de-obras a atribuição de assinar os diários acostados à peça de entrada, uma vez que salta aos olhos tratar-se de tarefa inserida na órbita das atribuições dos responsáveis pelas obras.

Visto que aos engenheiros cabia dirigir a execução dos serviços em destaque, inquestionável é que tinham eles poderes para delegar ou impor aos mestres-de-obras a obrigação de firmar os “diários de obras” sempre que se fizessem indispensáveis serviços complementares, até mesmo porque, como é notório, são os mestres-de-obras que acompanham o desenvolvimento dos trabalhos em todas as suas etapas.

De outro vértice, o art. 1.246 do Código Civil de 1916, aplicável à espécie por se tratar de avença de subempreitada ajustada nos anos de 1995 e 1996, não há que ser interpretado restritivamente, como pretendido pela demandada, sofrendo, ao contrário, os temperamentos das diversas matizes que envolvem situações como a destes autos.

É da letra do referido art. 1.246:

O arquiteto, ou construtor, que, por empreitada, se incumbir de executar uma obra segundo plano aceito por quem a encomenda, não terá direito a exigir acréscimo no preço, ainda que o dos salários, ou o do material, encareça, nem ainda que se altere ou aumente, em relação à planta, a obra ajustada, salvo se se aumentou, ou alterou, por instruções escritas do outro contratante e exibidas pelo empreiteiro.

O intuito do legislador de 1916 com a inserção de aludido dispositivo foi o de claramente proteger aquele que contrata com o empreiteiro contra a realização de alterações inesperadas na obra contratada, por conta única e exclusiva deste último, com um acréscimo não autorizado no preço inicialmente ajustado.

Assim, a exigência de que a autorização para a execução de serviços não previstos contratualmente se desse por escrito visava apenas comprovar que o contratante tinha ciência inequívoca das alterações realizadas na obra.

Nesse andar, tendo em vista que o objetivo da norma era apenas assegurar o conhecimento do contratante sobre os serviços complementares executados, passaram a doutrina e a jurisprudência a dispensar a autorização escrita exigida pelo ordenamento legal e a reconhecer o dever de pagamento por essas complementações, ainda que o consentimento tenha-se operado de forma verbal e, obviamente, não tenha havido nenhuma objeção efetiva do proprietário contra os acréscimos executados.

Essa evolução interpretativa foi recepcionada pelo Estatuto Civil de 2002, cujo art. 619 e seu parágrafo único assim dispõem:

Art. 619. Salvo estipulação em contrário, o empreiteiro que se incumbir de executar uma obra, segundo plano aceito por quem a encomendou, não terá direito a exigir acréscimo no preço, ainda que sejam introduzidas modificações no projeto, a não ser que estas resultem de instruções escritas do dono da obra.

Parágrafo único. Ainda que não tenha havido autorização escrita, o dono da obra é obrigado a pagar ao empreiteiro os aumentos e acréscimos, segundo o que for arbitrado, se, sempre presente à obra, por continuadas visitas, não podia ignorar o que se estava passando, e nunca protestou.

Ao enfocar a questão, registra Caio Mário da Silva Pereira:

Não são lícitos, igualmente, acréscimos sob o pretexto de ter havido alteração nos planos primitivos, a não ser que tenham sido autorizados por escrito, ou o dono da obra os tenha presenciado e constatado em visitas sem apresentar qualquer tipo de objeção (Código Civil, art. 619) (*Instituições de direito civil: contratos*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. III, p. 320).

De modo igual, invocando lição de Renato José de Moraes, averba Jones Figueiredo Alves:

“Destarte, em face dessa solução jurisprudencial, se há por ter por enunciado o princípio geral segundo o qual o empreiteiro tem direito de ação para haver o custo das obras acrescidas, mesmo que a sua realização não haja sido autorizada por escrito, se o vulto, a espécie e as condições da mão-de-obra e do fornecimento dos materiais são de tal natureza que permitem a conclusão de que não poderiam ter sido realizadas sem pleno conhecimento do dono da obra. Do contrário, o demasiado apego ao rigor arcaico da disposição contida no art. 1.246 do Código Civil iria permitir o enriquecimento ilícito do dono da obra. (Cláusula *rebus sic stantibus*, São Paulo, Saraiva, 2001, p. 222)” (FIUZA, Ricardo (Coord.). *Novo código civil comentado*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 557).

Conclui, por sua vez, Maria Helena Diniz:

É preciso ressaltar, ainda, que mesmo que não tenha havido autorização escrita, o dono da obra deverá pagar ao empreiteiro os aumentos e acréscimos, conforme o arbitrado, se, sempre presente à obra, por efetuar visitas constantes, não podia ignorar o que estava ocorrendo e nunca protestou contra a situação (*Código civil anotado*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 426).

Em igual diretriz, enunciou o Superior Tribunal de Justiça:

DIREITOS CIVIL E ECONÔMICO. CONTRATO DE EMPREITADA. SUBEMPREITADA. ALTERAÇÃO DO VALOR DO PREÇO. EXTRAORDINÁRIO. EXECUÇÃO À VISTA DO SUBEMPREITEIRO QUE INCLUSIVE FISCALIZOU E ACOMPANHOU A OBRA. AUTORIZAÇÃO TÁCITA. VALIDADE. INTERPRETAÇÃO AO ART. 1.246 DO CÓDIGO CIVIL. DOCTRINA. RECURSO DESACOLHIDO.

Interpretando o art. 1.246 do Código Civil, a doutrina acolhe a tese de que, se o serviço extraordinário foi executado às claras, inclusive sob a supervisão de prepostos da subempreiteira, tem-se como pertinente a cobrança dos seus valores, independentemente de autorização por escrito (REsp. n. 103.715/MG, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 5-10-99).

Não divergindo, assentou este Tribunal:

No contrato de empreitada, é vedado ao empreiteiro exigir acréscimo no preço pelos serviços realizados na obra, sem a autorização do contratante. Entretanto, se o proprietário certamente estava ciente das modificações realizadas, acompanhando a obra, não pode se negar a efetuar o pagamento, se houve aumento de área construída. Admitir-se tal possibilidade seria corroborar com o locupletamento ilícito do dono da obra, que se aproveitando do preço fixo estipulado inicialmente, realizou diversas modificações no projeto inicial, sem todavia, efetuar o devido pagamento pelos serviços prestados (Ap. Cív. n. 1998.002664-4, da Capital, rela. Des. Salete Silva Sommariva, j. 9-11-04).

CIVIL. AÇÃO DE COBRANÇA. EMPREITADA. PAGAMENTO DE DIFERENÇAS RELATIVAS AO ACRÉSCIMO DA OBRA. AUTORIZAÇÃO TÁCITA. VALIDADE. INTERPRETAÇÃO AO ART. 1.246 DO CC/1916. RECURSO DESPROVIDO.

“Interpretando o art. 1.246 do Código Civil [1916], a doutrina acolhe a tese de que, se o serviço extraordinário foi executado às claras, tem-se como pertinente a cobrança dos seus valores, independentemente de autorização por escrito” (STJ, Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira) (Ap. Cív. n. 2007.017104-9, de Balneário Camboriú, rel. Des. Luiz Carlos Freyesleben).

Do corpo do aresto por último transcrito, colhe-se:

Ainda que o ajuste tenha sido verbal e não escrito, como preceitua o artigo 1.246 do Código Civil de 1916, aplicável ao caso porque vigente à época dos fatos, doutrina e jurisprudência são uníssonas em aceitar os acréscimos da obra que, mesmo não autorizados por escrito, tenham sido presenciados pelo dono da obra, sem nenhum tipo de objeção.

Em hipótese semelhante à dos autos, gizou o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

EMPREITADA DE MÃO-DE-OBRA. Evidenciando as circunstâncias que o contratante determinou ou no mínimo aprovou alterações do projeto original, com decorrente aumento do trabalho, há de pagar ele ao contratado a respectiva diferença de valor. Por outro lado, desse crédito do empreiteiro abate-se o montante de serviços omitidos, embora previstos, ou mal executados a ponto de exigirem refazimento. Por igual, responde o empreiteiro por recolhimentos previdenciários que não fez. Sentença confirmada (Ap. Cív. n. 586032583, 6ª CCív., rel. Des. Adroaldo Furtado Fabrício, j. 11-11-86).

Acentuou, no mesmo sentido, a eg. 1ª Turma Recursal Cível do Rio Grande do Sul:

COBRANÇA. MÃO-DE-OBRA DA CONSTRUÇÃO CIVIL. EMPREITADA. CONTRATAÇÃO VERBAL. Demonstrando a prova que o réu era o responsável pela contratação dos serviços de pedreiro prestados pelo autor, podendo inclusive cogitar-se da figura da subempreitada, rejeita-se a preliminar de ilegitimidade passiva para a cobrança. A contratação verbal não pode prejudicar o direito de o autor receber pelos serviços prestados, competindo ao réu a prova de que efetuou o pagamento completo, do que não

se desincumbiu no caso concreto, ensejando a procedência do pedido de cobrança. Recurso desprovido. Unânime (Rec. Cív. n. 71000694547, rel. Juiz João Pedro Cavalli Junior, j. 2-6-05).

Expôs, de igual forma, o extinto Tribunal de Alçada do Paraná:

CONTRATO DE EMPREITADA POR ESCRITO — PREÇO FIXO EM PARCELAS — SALDO DA ÚLTIMA PARCELA — ALEGADO PAGAMENTO — PROVA DOCUMENTAL INSUFICIENTE — ÔNUS — HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS MANTIDOS — OBRAS EXTRAORDINÁRIAS — AUSÊNCIA DE ADITAMENTO NO CONTRATO — RECONHECIMENTO DO REPRESENTANTE DA RÉ — PAGAMENTO DEVIDO — INDENIZAÇÃO — PERDAS E DANOS — DANOS IMPREVISÍVEIS E INDEMONSTRADOS — DESCABIMENTO — HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS E DESPESAS PROCESSUAIS MANTIDAS — DESPROVIMENTO DO RECURSO MANEJADO PELO PRIMEIRO APELANTE — PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO AFORADO PELO SEGUNDO APELANTE.

O contrato de empreitada é bilateral, se uma das partes conclui seu serviço, com conseqüente entrega da obra, pode requerer da outra o preço pactuado. O ônus da prova, quanto ao fato, incumbe ao réu, conforme preceitua o artigo 333, inciso II do CPC. A ausência de autorização por escrito do empreitante para realização de serviços complementares, não pode ensejar o não pagamento, se foram os mesmos realizados e reconhecidos pelo representante da ré, em depoimento, deve ser pago, evitando desta forma uma injustiça, permitindo o locupletamento de uma das partes em detrimento de outra. O rigorismo do artigo 1.246 do Código Civil, deve observar o caso concreto. A indenização por perdas e danos caberá apenas nos casos em que comprovado o prejuízo sofrido, incumbindo à parte que a postula a prova do alegado (Ap. Cív. n. 102.645-9, rel. Juiz Marques Cury, DJPR 9-5-97).

À luz dos argumentos assim tecidos, suficientemente comprovado nos autos que os serviços complementares foram executados pela apelada em função de ordens recebidas da insurgente, razões ausentam-se dos autos para que, nos moldes pretendidos por esta, revertam-se os termos

do *decisum* impugnado, com a decorrente rejeição do pleito de cobrança formulado pela recorrida.

Registre-se, apenas com o intuito de evitar posteriores discussões, que a protocolização extemporânea ou a não protocolização de impugnação à peça defensiva não induz à confissão ficta por parte do autor, como invocado pela recorrente.

Da mesma forma, seria inadmissível exigir que a recorrida buscase a satisfação do seu crédito pela via administrativa e, somente após a obtenção de uma resposta negativa por parte da apelante, acorresse ao Judiciário a fim de reclamar o cumprimento da prestação a que tinha direito, principalmente quando o conjunto probatório acostado aos autos é suficiente para corroborar o pleito condenatório.

De outro turno, configurando o pagamento pelos serviços complementares prestados pela apelada um fato extintivo do seu direito, e sendo ele objeto de alegação nas razões do apelo que ora se analisa, era de incumbência da postulante recursal comprovar a sua efetivação por intermédio dos recibos de quitação correspondentes, os quais poderiam ser confeccionados por instrumento público ou particular e com a indicação de todos os requisitos elencados pelo art. 940 do Código Civil de 1916, correspondente ao art. 320 da legislação em vigor atualmente, ônus este que não foi cumprido, levando, assim, à manutenção da sentença guerreada.

Nos exatos termos do art. 333 do Código de Processo Civil:

O ônus da prova incumbe:

[...]

II — ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Observa, a propósito, Ovídio Baptista da Silva:

Como todo o direito sustenta-se em fatos, aquele que alega possuir um direito deve, antes de mais nada, demonstrar a existência dos fatos em que tal direito se alicerça. Pode-se, portanto, estabelecer, como regra geral dominante de nosso sistema probatório, o princípio segundo o qual à parte que alega a existência de determinado fato para dele derivar a existência de algum direito, incumbe o ônus de demonstrar sua existência. Em resumo, cabe-lhe o ônus de produzir a prova dos fatos por si mesmo alegados como existentes (*Curso de processo civil*. 3. ed. Porto Alegre: Fabris, 1996. p. 289).

Nos dizeres de Nelson Nery Junior e Rosa Maria Andrade Nery:

O réu deve provar aquilo que afirmar em juízo, demonstrando que das alegações do autor não decorrem as conseqüências que pretende. Ademais, quando réu excepciona o juízo, nasce para ele o ônus da prova dos fatos que alegar na exceção, como se autor fosse (*reus in exceptione actor est*) (*Código de processo civil comentado*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 615).

Ou, como já se julgou:

Uma vez que o pagamento é um dos fatos extintivos da obrigação, ao devedor incumbe prová-lo. A prova tem de ser cabal, produzindo-se com a demonstração de que a prestação cumprida corresponde integralmente ao objeto da obrigação, a que se refere (TJBA. Acórdão n. 82243, Apelação Cível n. 17475-2/2004, comarca de Salvador, relator Justino Telles, 4ª Câmara Cível).

Por tais fundamentos, deixa-se de acolher o reclamo recursal.

2 Sucumbência. Reciprocidade reconhecida. Critérios para fixação da verba honorária

Diante do acolhimento parcial dos pedidos formulados pela apelada, condenou-a o Sentenciante singular ao pagamento de 25% (vinte e cinco por cento) das custas processuais e de honorários advocatícios no valor de R\$ 300,00 (trezentos reais) em benefício do procurador da apelante.

Não satisfeita com a verba honorária arbitrada em favor do seu procurador, busca a insurgente recursal seja aquela fixada em percentual sobre

o valor da derrota experimentada pela apelada, já que, conforme entende, demonstra-se incabível, ante a reciprocidade sucumbencial reconhecida, o arbitramento em valor fixo.

E, nesse aspecto, razão lhe assiste!

É certo que, em hipóteses como a dos autos, deve incidir o disposto no art. 21 do Estatuto Procedimental Civil, de acordo com o qual: “Se cada litigante for em parte vencedor e vencido, serão recíproca e proporcionalmente distribuídos e compensados entre eles os honorários e as despesas”.

Como enunciou esta Corte: “Se a parte obtém menos do que pleiteou, e a diferença não possa ser considerada parte mínima do pedido, a sucumbência por óbvio deverá ser recíproca” (Ap. Cív. n. 40.046, da Capital, rel. Des. Álvaro Wandelli).

No mesmo sentido, dissemos: “Ocorre sucumbência recíproca e não mínima quando, em ação de cobrança, mesmo que erradicados os acessórios invectivados pelo devedor, ou pelo menos alguns deles, o importe principal do débito subsiste” (Ap. Cív. n. 2000.012143-6, de Chapecó).

Da mesma forma, expôs o Superior Tribunal de Justiça: “Cada parte deve suportar a verba advocatícia na proporção de sua derrota, bem como recebê-la na medida de sua vitória” (REsp. n. 13.526-SP, rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, Segunda Turma, j. 4-11-91, DJU 18-11-91, p. 16.520).

Em situações como a estampada nos autos, em que nos deparamos como uma sentença ilíquida, a qual, portanto, não permite que se aufera de imediato o valor pecuniário da derrota experimentada por cada uma das litigantes, o mais justo, entendemos, é que seja arbitrado percentual único no que tange aos honorários advocatícios, estes a incidir sobre o valor em que cada uma sucumbiu.

Somente dessa forma é que será possível alcançar o escopo do legislador ao instituir o *caput* do art. 21 da Codificação Processual Civil, com a distribuição recíproca e proporcional da verba honorária à derrota suportada pelos contendores, evitando que um deles tenha que arcar com quantias superiores ou, até mesmo, inferiores àquelas efetivamente devidas.

Nesse passo, tendo o Magistrado singular condenado a postulante recursal ao pagamento de honorários advocatícios no montante correspondente a 15% (quinze por cento) sobre o proveito obtido pela apelada e não havendo nenhuma manifestação das partes a respeito, adota-se este mesmo percentual em prol do procurador da apelante, devendo ele, contudo, incidir sobre as somas que deixou a autora de auferir, estas que serão apuradas em posterior liquidação de sentença, como determinado pelo *decisum* impugnado.

O brilhante julgador catarinense Hélio do Valle Pereira, em se manifestando sobre o tema, assevera que:

O pensamento, aliás, serve mesmo para a cumulação de pedidos pecuniários, quando eles sejam ilíquidos, sendo especialmente difícil definir qual era a exata dimensão de cada qual. Nessas situações, a melhor opção é autorizar ao juiz prognosticar percentualmente a derrota de cada litigante (*Manual de direito processual civil*. São José: Conceito Editorial, 2007. p. 162).

É o que também deixamos traduzido na seguinte ementa:

Na hipótese de sucumbência parcial, inexistentes condições plenas para o estabelecimento do percentual do pedido de que decaiu cada uma das partes, os encargos sucumbenciais devem incidir sobre os valores a respeito dos quais verificou-se o êxito ou a falta de êxito das partes. Mercê do disposto no art. 23 da Lei n. 8.906, de 04.07.94, os honorários advocatícios pertencem, com exclusividade, aos patronos das partes. E tratando-se de direito próprio do advogado, não pode ser ele compensado com eventual débito de seu constituinte (Ap. Cív. n. 1997.010507-0, de Ponte Serrada).

À vista do argumentado, mantém-se, nos moldes do art. 21 do CPC, a reciprocidade da sucumbência, com a repartição dos respectivos encargos, pelo que os honorários de responsabilidade da autora devem incidir sobre os valores excluídos da composição do saldo devedor pretendido de cobrança, estipulados em 15%, nos termos do art. 20, § 3º, do CPC, mantida, contudo, a sentença guerreada no que respeita ao percentual dos honorários advocatícios devidos pela apelante.

DECISÃO

Ante o exposto, por unanimidade, confere-se parcial provimento ao reclamo recursal, tão-somente para adequar o valor dos honorários advocatícios devidos pela apelada.

Participaram do julgamento, realizado no dia 5 de junho de 2008, os Exmos. Srs. Des. Monteiro Rocha e Des. Subst. Ronaldo Moritz Martins da Silva.

Florianópolis, 17 de junho de 2008.

Trindade dos Santos
PRESIDENTE E RELATOR

Apelação Cível n. 2008.007826-5, de Criciúma

Relator: Des. Trindade dos Santos

SEPARAÇÃO JUDICIAL LITIGIOSA. ACOLHIMENTO. BEM IMÓVEL. AQUISIÇÃO ANTERIOR AO CASAMENTO. REGIME JURÍDICO DA COMUNHÃO PARCIAL DE BENS. PARTILHA NEGADA. BENFEITORIAS REALIZADAS NO CURSO DA SOCIEDADE MATRIMONIAL. PRETENSÃO AO PARTILHAMENTO. INOVAÇÃO RECURSAL. DECISÃO MANTIDA. RECLAMO RECURSAL DESPROVIDO.

1. Imóvel adquirido por um dos cônjuges precedentemente ao casamento contraído pelo regime de comunhão parcial de bens não se comunica ao outro consorte, e não é, pois, abrangido na partilha de bens no momento da dissolução da sociedade conjugal entre eles formada, tal como resulta do art. 1.661 do CC/02, correspondente ao art. 272 do CC/16. Para sobrepujar esse conflito, abrandando a cogência da norma jurídica previsora dessa não-comunicabilidade e fazendo sucumbir a forma diante do direito subjetivo da separanda, não basta ela alegar que houve, ainda que antes do casamento, a concorrência de recursos financeiros de ambos os consortes para a aquisição do bem, ou que já viviam eles em regime de união estável. Ausentes provas para corroborar as afirmativas lançadas a respeito, não há acolhê-las.

2. Ainda que o regime jurídico adotado pelos cônjuges quanto aos bens seja o de comunhão parcial, mesmo assim, por força do estabelecido no art. 1.660, IV, do CC/02, correspondente ao art. 271, IV, do CC/16, integram a comunhão e ficam, pois, sujeitas à partilha as benfeitorias introduzidas, no curso da sociedade conjugal, nos bens particulares de cada cônjuge. Entretanto, para que se viabilize esse partilhamento, de mister é que a questão tenha sido discutida na instância singular e submetida ao crivo do juízo

a quo. Em tal quadro, não é dado ao Tribunal apreciar o pedido de divisão das benfeitorias feitas em imóvel particular do consorte varão, quando essa pretensão foi deduzida originariamente em grau recursal, implicando inovação na *causa petendi* e ofensa ao princípio *sententia debet esse conformis libello*.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2008.007826-5, da comarca de Criciúma (Vara de Exceção, Família, Infância e Juventude), em que é apelante A. C. A., e apelado J. L. de O.:

ACORDAM, em Quarta Câmara de Direito Civil, por votação unânime, negar provimento ao recurso. Custas de lei.

RELATÓRIO

Inconformada com a sentença que, nos autos da ação de separação litigiosa proposta contra si por J. L. de O., acolheu o pleito deduzido, isentou-a das custas processuais e fixou em 15 URHs a remuneração de seu procurador, interpôs a demandada A. C. A. recurso de apelação.

Em suas razões, expôs a insurgente o desacerto da sentença por não reconhecer o seu direito à partilha do imóvel descrito na inicial. Enfatizou que o seu casamento foi um mero ato formalizador da união já existente entre eles, e que ela contribuiu tanto para a aquisição do terreno como para a compra dos materiais utilizados na construção da residência do casal.

Acentuou que faltavam condições ao apelado para comprar aqueles bens individualmente, e que é comum, mesmo residindo em casas separadas, os namorados guardarem dinheiro para formar uma família. Argumentou que os bens foram colocados exclusivamente no nome do varão, por haver nele confiado, e que não juntou provas aos autos a esse respeito por ter seguido as orientações de sua anterior procuradora.

Apregou, em conclusão, o seu direito à metade do patrimônio comum, requerendo o conhecimento e provimento do recurso, para que seja determinada a partilha do imóvel objeto da lide ou, alternativamente, na pior das hipóteses, para que sejam partilhadas as melhorias feitas no bem durante a constância da sociedade conjugal.

À insurgência foi conferida resposta.

Neste grau de jurisdição, a egrégia Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo parcial provimento do reclamo, com destinação à apelante da meação nas benfeitorias realizadas no imóvel.

VOTO

A matéria aqui posta sob crivo diz respeito à partilha do único bem arrolado nos autos da ação de separação litigiosa intentada pelo recorrido, cujo pedido foi acolhido na íntegra, com a decretação da dissolução da sociedade conjugal até então entre os litigantes e com atribuição ao autor, com exclusividade, da propriedade do imóvel relacionado nos autos, solução com a qual se incorforma a demandada.

Para tanto, buscando ver reconhecido o seu direito à meação do imóvel em referência, apregoa a insurgente que, precedentemente ao casamento civil, mantinham eles vida em comum com o desiderato de formar uma família, e que tal imóvel foi adquirido com esforço comum, uma vez que no período de namoro, mesmo residindo eles em casas separadas, reuniram numerário para a aquisição do bem, que veio a ser registrado unicamente no nome do apelado pela confiança por si nele depositada. Disse, ainda, que não tinha ele condições financeiras para, isoladamente, bancar a compra levada a termo. Pugna, alternativamente, pela partilha das melhorias acrescidas ao bem na constância da sociedade matrimonial.

Precedentemente ao ingresso no exame do recurso propriamente considerado, de mister é acentuar que, no regime jurídico da comunhão

parcial de bens, são presumidos como comuns do casal todos os bens adquiridos a título oneroso na vigência da sociedade conjugal; existentes bens adquiridos por sub-rogação de outros pertencentes exclusivamente a um dos cônjuges e preexistentes à convivência comum, a exceção sobrepõe-se, afastando a regra geral.

No tangente aos bens preexistentes, portanto, uma vez submetido o respectivo regime jurídico à norma do art. 1.658 do Código Civil, inquestionável é que ficam eles excluídos de partilhamento por ocasião da ruptura da sociedade conjugal, por serem considerados particulares de um só dos cônjuges.

No caso, o imóvel litigioso foi adquirido em 16-9-98 (fls. 14 e 15), e o casamento dos litigantes ocorreu em 12-7-02 (certidão de fl. 11), observado o regime de comunhão parcial de bens. Assim, a aquisição do imóvel foi anterior à união conjugal, o que afasta qualquer direito da apelante à partilha pretendida.

Conquanto isso, instaurada discussão acerca do direito de meação da separanda sobre questionado bem, imprescindível faz-se a análise do seu possível direito a 50% dele, já que alega ter sido ele adquirido, não com exclusividade pelo apelado, mas com o esforço comum de ambas as partes.

Expressamente, frisou a insurgente que

as partes namoravam e durante o namoro foram juntando dinheiro para adquirir o lote, que na época foi colocado unicamente no nome do apelado e com esforços de ambos acabaram por comprar material e construir a casa, e quando a casa já estava habitável as partes formalizaram o casamento civil (fl. 61).

Mas, pairando controvérsias acerca das afirmações assim lançadas pela demandada, dado o rebatimento, pelo recorrido, de tais aduções, de mister fazia-se a comprovação escoreita, pela insurgente, de que a aquisição

foi alcançada com o somatório do esforço de ambos os litigantes, o que geraria, para ela, o direito invocado, com a inversão, então, da presunção do caráter particular da propriedade do apelado.

Ocorre que, como observam Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery,

[...] o não atendimento do ônus de provar coloca a parte em desvantajosa posição para a obtenção do ganho de causa. A produção probatória, no tempo e na forma prescrita em lei, é ônus da condição de parte.

[...]

O juiz, na sentença, somente vai socorrer-se das regras relativas ao ônus da prova se houver o 'non liquet' quanto à prova, isto é, se o fato não se encontrar provado. Estando provado o fato, pelo princípio da aquisição processual, essa prova se incorpora ao processo, sendo irrelevante indagar-se sobre quem a produziu. Somente quando não houver prova é que o juiz deve perquirir quem tinha o ônus de provar e dele não se desincumbiu (*Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 723).

Em igual esteira, enfatiza Ovídio A. Baptista da Silva:

O autor só poderá dar consistência objetiva à sua pretensão em juízo fazendo afirmações sobre a existência de fatos e a pertinência deles a uma relação jurídica. Enquanto ele afirma, deve naturalmente provar as afirmações que faz. Assim também o réu se, ao defender-se, tiver necessidade de fazer afirmações em sentido contrário. O réu poderá, certamente, limitar-se a negar os fatos afirmados pelo autor e esperar que este tente demonstrar a sua veracidade. Se o réu limitar-se a simples negativa, sem afirmar a existência de outros fatos incompatíveis com aqueles afirmados pelo autor, nenhum ônus de prova lhe gravará; se, todavia, também ele afirma fatos tendentes a invalidar os fatos afirmados pelo autor, caber-lhe-á o ônus de provar os fatos afirmados (*Teoria geral do processo*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 300).

Pretendendo a acionada ver reconhecido seu direito à meação do único bem envolvido na disputa, imperioso fazia-se que deixasse ela demarcado nos autos, de forma coerente e irrefragável, que tanto a compra do terreno quanto a construção da casa residencial decorreram do esforço comum dela e do autor, e não apenas deste.

Entretanto, compulsando o caderno processual, constata-se a ausência de prova, por mais anêmica que seja, para confortar as afirmações da apelante, mormente quando afiança ela própria, à fl. 63 da peça recursal, não ter produzido prova a respeito por orientação de sua anterior procuradora.

Na hipótese vertente, embora comprovada a existência de um anterior namoro entre os litigantes, tal não é suficiente para levar à conclusão de que, com efeito, na forma afirmada pela recorrente, juntaram eles, nesse período, esforços comuns para a aquisição do bem, para só, então, após oficializarem o casamento.

E, como assentado por este Tribunal:

É cediço que, como regra geral no processo civil pátrio, em que predomina o princípio dispositivo, o ônus da prova incumbe: ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito; ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor (art. 333 do CPC, incisos I e II). É inconcebível, portanto, na seara do processo civil, o deferimento de pretensões embasadas em meras conjecturas, carecedoras de aparato probatório hábil a lhes dar sustentação (Ap. Cív. n. 2002.025253-6, rela. Desa. Maria do Rocio Luz Santa Ritta, j. 15-3-05).

No quadro pincelado nos vertentes autos, inviável juridicamente o reconhecimento do direito da apelante à partilha do bem imóvel indicado na inicial, de modo que deve prevalecer a sentença atacada, que, nesse aspecto, reconheceu a propriedade exclusiva do autor, por ter sido tal bem adquirido antecedentemente ao casamento dos contendores.

Enunciou, a propósito, o Superior Tribunal de Justiça:

DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. IMÓVEL CUJA AQUISIÇÃO TEM CAUSA ANTERIOR AO CASAMENTO. TRANSCRIÇÃO NA CONSTÂNCIA DA SOCIEDADE CONJUGAL. INCOMUNICABILIDADE.

Imóvel cuja aquisição tenha causa anterior ao casamento realizado sob o regime de comunhão parcial de bens, com transcrição no registro imobiliário na constância deste, é comunicável. Inteligência do art. 272 do CC/16 (correspondência: art. 1.661 do CC/02). A jurisprudência deste Tribunal tem abrandado a cogência da regra jurídica que sobreleva a formalidade em detrimento do direito subjetivo perseguido. Para tal temperamento, contudo, é necessário que a forma imposta esteja sobrepujando a realização da Justiça.

Recurso especial não conhecido (REsp. n. 707.092/DF, rela. Mina. Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. 28-6-05, DJ 1º-8-05).

É o que, do mesmo modo, têm concluído os Tribunais pátrios, como exemplificam os julgados assim ementados:

AQUISIÇÃO DE IMÓVEL — SEPARAÇÃO JUDICIAL CONSENSUAL — REGIME DA COMUNHÃO PARCIAL DE BENS — ESFORÇO COMUM NA FORMAÇÃO DO PATRIMÔNIO — MEAÇÃO DA MULHER — Regime de comunhão parcial de bens. Não se comunicam os bens adquiridos antes da celebração do casamento. Irrelevante que parte da hipoteca que grava o imóvel tenha sido liquidada após o casamento. Embargos providos para julgar improcedente o pedido inicial (TJRJ, EDACiv n. 245/94, rel. Des. José Rodriguez Lema).

SEPARAÇÃO JUDICIAL CONSENSUAL DO CASAL — REGIME DE COMUNHÃO PARCIAL DE BENS — PARTILHA — Só é cabível, na separação judicial, a partilha dos bens de ex-casal comprovadamente existentes e adquiridos na constância do casamento, convolado no regime de comunhão parcial de bens (TJMG, Ap. Cív. n. 000-178-604-5/00, rel. Des. Orlando Carvalho).

APELAÇÃO CÍVEL — ANULAÇÃO DE PARTILHA — IMÓVEL ADQUIRIDO ANTES DO CASAMENTO DA MÃE DOS REQUERENTES E DA ANTERIOR UNIÃO DE FATO COM O FALECIDO — NÃO CARACTERIZAÇÃO DE ESFORÇO

COMUM A AUTORIZAR A DIVISÃO DO PATRIMÔNIO
— REGIME DE SEPARAÇÃO PARCIAL — NÃO COMUNI-
CABILIDADE DE BENS ANTERIORES AO CONSÓRCIO
ENTRE SEUS ASCENDENTES.

Se a provável união de fato entre a mãe dos requerentes e o “de cujus” é posterior à compra do imóvel partilhado, não têm os mesmos direito sucessório sobre o bem imóvel por este deixado. No regime da comunhão parcial de bens, ficam dela excluídos os bens que cada cônjuge possuía ao casar e aqueles que lhes advierem, mesmo que na constância do casamento, por doação ou por sucessão - bem como os sub-rogados no lugar destes (art. 269, I e II, do CC/1916) (TJMG, Ap. Cív. n. 1.0271.04.031356-8/001, de Frutal, 7ª CCív., rel. Des. Wander Marotta, j. 6-12-05, DJMG 23-2-06).

APELAÇÃO. SEPARAÇÃO JUDICIAL LITIGIOSA. PARTILHA
DE BEM IMÓVEL.

Se os elementos probatórios, em seu conjunto, apontam no sentido de que o imóvel em litígio foi pago exclusivamente com dinheiro oriundo de herança da mulher, não há que se acolher a pretensão do requerente, que pleiteia para si a propriedade exclusiva do imóvel havido anteriormente ao casamento sob o regime da comunhão parcial de bens, mormente se a propriedade, de pequenas dimensões e valor irrisório, é o único bem imóvel do casal, e teto dos filhos, sob a guarda da mãe (TJGO, Ap. Cív. n. 35887.4.144, rel. Des. Antônio Nery da Silva).

A postulação recursal tendente ao reconhecimento do direito da apelante à metade do imóvel alvo da celeuma tratada nestes autos, em sendo assim, afigura-se improsperável!

Contudo, cediço que, em hipóteses como a vertida aqui, o direito à partilha abrange não apenas o imóvel em si, devendo ser estendido às benfeitorias e aos acréscimos nele introduzidos, sempre que essas benfeitorias e acréscimos tiverem sido realizados na constância do casamento, consoante subsidiariamente postulado pela recorrente, a qual aduziu que, após o matrimônio, construíram os litigantes um muro, uma garagem e uma churrasqueira.

É o que, aliás, determina o art. 1.660 do CC/02, em seu item IV, correspondente ao art. 271, IV, do CC/16, ao dispor:

Entram na comunhão:

[...]

IV — as benfeitorias em bens particulares de cada cônjuge;

Grafou, na mesma trilha, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

SEPARAÇÃO JUDICIAL. PARTILHA DE BENS. BENFEITORIAS NO IMÓVEL ONDE MORAVAM, QUE FORAM REALIZADAS NA CONSTÂNCIA DO CASAMENTO.

1. Sendo o casamento dos litigantes regido pela comunhão parcial, são partilháveis todos os bens e direitos adquiridos na constância da vida em comum, a título oneroso e sem causa anterior ao matrimônio.

2. As benfeitorias realizadas no imóvel em que residia o casal e que foram feitas na constância do casamento são partilháveis (Ap. Cív. n. 70005537915, rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, j. 28-5-03).

SEPARAÇÃO JUDICIAL. PARTILHA DE BENS. REGIME DE COMUNHÃO PARCIAL DE BENS. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA.

1. Sendo os litigantes casados pelo regime de comunhão parcial de bens, integra o patrimônio comum o acervo adquirido a título oneroso na constância do matrimônio.

2. Benfeitorias realizadas na constância da união também são passíveis de partilha.

3. A exclusão de bens da partilha justifica-se nas hipóteses elencadas na lei (arts. 269 e 270 do CCB) e que restaram indemonstradas [...] (Ap. Cív. n. 70006347074, rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, j. 19-11-03).

Ressalte-se, todavia, que o pleito referente à divisão das benfeitorias feitas no imóvel residencial só veio à tona com as razões insurgenciais, uma vez que, até à emissão da sentença, não havia sido ele aventado e discu-

tido nos autos, pelo que sobre a questão não incidiu o pronunciamento judicante.

Isso conquanto tenham as testemunhas ouvidas assim afirmado:

[...] depois que as partes casaram fizeram uma garagem nos fundos da residência; pelo que se recorda a única melhoria foi a garagem (fl. 42).

[...] depois que se casaram cercaram a casa, fizeram uma garagem atrás; que, acha que tem churrasqueira também (fl. 43).

Essas melhorias — muro, garagem e, provavelmente, churrasqueira — não foram objeto do pedido contestatório, de aditamento à peça de defesa nem mesmo de razões finais.

Nessa circunstância, pretendendo a apelante a tutela do seu direito à meação das apontadas benfeitorias, impunha-se-lhe que, ao pedido de separação judicial litigiosa formulado pelo apelado, opusesse ela reconvenção, porquanto vigora em nosso direito processual o princípio da adstrição aos pedidos formalizados em juízo, de acordo com o qual “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” (CPC, art. 128).

Reitere-se: até a sentença do feito, a controvérsia instalada nos autos restringia-se à aferição da propriedade do imóvel que servia de residência aos litigantes, de modo que não foi mencionada por nenhuma das partes a existência de melhorias realizadas no mesmo bem; e, nos exatos termos do art. 515 do Estatuto Procedimental Civil, “a apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada”.

Assim, como regra geral, inviável é tratar-se, no âmbito recursal, questões estranhas às alegadas, impugnadas e debatidas no desenrolar processual.

De modo enfático, expõem Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery:

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, ZPR, 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).

[...]

Questões atingidas pela regra. O sistema da proibição de inovar incide sobre as questões de fato dispositivas, sobre as quais o juiz não pode pronunciar-se *ex officio*, levantadas pela primeira vez no recurso de apelação por quem já era parte no processo (op. cit., p. 884, 887 e 888).

Consoando com o mesmo entendimento, assentou este Pretório:

Se a apelação devolve ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada — *tantum devolutum quantum appellatum* — ressalvadas aquelas apreciáveis de ofício, não pode o recurso inovar, o que importaria em ofensa ao princípio *sententia debet esse conformis libello*, abordando temas estranhos à *litiscontestatio* (Ap. Cív. n. 35.154, rel. Des. Eder Graf).

[...]

Proíbe-se a inovação no juízo de apelação, sendo permitido às partes somente o que foi objeto da matéria sujeita à discussão e decisão pelo juiz de inferior instância, segundo interpretação do art. 515, parágrafo 1º do CPC (Ap. Cív. n. 2000.020772-1, rel. Des. Salim Schead dos Santos, DJ 8-9-04).

SEPARAÇÃO JUDICIAL LITIGIOSA — CONDUTA DESONROSA DO CÔNJUGE VARÃO — INDEMONSTRAÇÃO — GUARDA PATERNA DA FILHA — DIVISÃO EQUITATIVA DA MEAÇÃO — PROCEDÊNCIA DA SEPARAÇÃO LITIGIOSA DO CÁSAL — INCONFORMISMO — CÔNJUGE VARÃO CULPADO PELA RUPTURA DA SOCIEDADE CONJUGAL — AUSÊNCIA DE PROVA — CULPA RECÍPROCA EVIDENCIADA — PENSIONAMENTO PARA A CÔNJUGE VIRAGO — RECIPROCIDADE DE CULPA PELA RUPTURA DO MATRIMÔNIO — OBRIGAÇÃO INEXISTENTE PARA AMBOS — GUARDA MATERNA DA FILHA — CONTRARIEDADE DA FILHA — INSCRIÇÃO DA CÔNJUGE VIRAGO EM PLANO DE SAÚDE — INOVAÇÃO DA CAUSA EM GRAU DE RECURSO — IMPOSSIBILIDADE — AFASTAMENTO DO PLEITO — RECURSO DESPROVIDO — SENTENÇA MANTIDA.

Havendo prova de infidelidade recíproca, a ruptura do casamento deveu-se a ambos os cônjuges, que ficam desobrigados mutuamente à pensão alimentícia.

Inocorrendo prova de prejuízo, a guarda da filha do casal não deve ser modificada, mormente se a menor púbere pretende mantê-la inalterada.

A inserção de novo pedido à demanda na fase recursal importa em inovação da causa, por se tratar de tema estranho ao abordado na sentença guerreada (Ap. Cív. n. 2002.003165-8, rel. Des. Monteiro Rocha, j. 18-11-04, grifo nosso).

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CAUTELAR. MATÉRIA NÃO VENTILADA NOS AUTOS. ANÁLISE. IMPOSSIBILIDADE.

Em sede de apelação, a lei processual civil em vigor veda a discussão de matéria que não faz parte do objeto da ação (Ap. Cív. n. 2004.024973-0, rel. Des. Salim Schead dos Santos, j. 14-4-05).

E não apenas impunha-se à apelante que houvesse formulado pedido próprio a respeito, como essencial, para o êxito do pedido subsidiário, a prova dos fatos alegados, estes não suficientemente positivados nos autos.

No que se refere à postulação respeitante ao partilhamento das benfeitorias alegadamente introduzidas no imóvel residencial, não pode ela, ao menos, ser conhecida, em razão da sua invocação apenas na seara recursal.

Em tal contexto, outra alternativa não fornecem os autos que não o desprovimento da insurgência aqui sob enfoque!

DECISÃO

À vista do exposto, por unanimidade, nega-se provimento ao reclamo.

Participaram do julgamento, realizado no dia 12 de junho de 2008, o Exmo. Sr. Des. Monteiro Rocha e o Exmo. Sr. Des. Subst. Ronaldo Moritz Martins da Silva. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, lavrou parecer o Exmo. Dr. Jobél Braga de Araújo.

Florianópolis, 26 de junho de 2008.

Trindade dos Santos
PRESIDENTE E RELATOR

Apelação Cível n. 2004.034220-9, de Timbó

Relator: Des. Monteiro Rocha

DIREITO DE FAMÍLIA – EXONERAÇÃO DE ALIMENTOS C/C REPETIÇÃO DE INDÉBITO – IMPROCEDÊNCIA EM 1º GRAU – INCONFORMISMO DO AUTOR – FATO ENSEJADOR DE EXONERAÇÃO ALIMENTAR – UNIÃO ESTÁVEL DA CREDORA ALIMENTÍCIA – ACOLHIMENTO – REPETIÇÃO DE INDÉBITO – MATÉRIA SUBORDINADA À BOA-FÉ E ETICIDADE – CREDORA QUE ARDILOSAMENTE NÃO COMUNICA SUA NOVA SOCIEDADE AFETIVA, CONTINUANDO A RECEBER PENSÃO ACORDADA EM CASAMENTO DESFEITO – ENRIQUECIMENTO ILÍCITO – DEVOLUÇÃO DAS QUANTIAS PAGAS A PARTIR DA CAUSA EXONERATÓRIA – LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ – DOLO PROCESSUAL – INCOMPROVAÇÃO – JUSTIÇA GRATUITA – AUSÊNCIA DE PROVA EM CONTRÁRIO – BENEFÍCIO CONCEDIDO – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Tendo a requerida, após o casamento desfeito, instaurada nova sociedade afetiva, impõe-se a exoneração alimentar do devedor para com a alimentada, a teor do art. 1.708 do CC.

Se os princípios da boa-fé e da eticidade subjugam a relação pós-matrimônio entre ex-cônjuges, a alimentada tem obrigação de comunicar ao alimentante a cessação de seu crédito alimentício, sob pena de pagamento indevido do devedor para a credora através de ardil que leva ao locupletamento ilícito.

Ausente a licitude na conduta da credora, deve ela restituir ao suposto devedor a verba alimentar indevida e ilicitamente recebida ao longo do tempo, a partir da sociedade afetiva que o ex-cônjuge desconhecia.

Incomprovado o dolo processual da parte, afasta-se a condenação por litigância de má-fé.

A parte tem direito aos benefícios da justiça gratuita quando afirmar que não está em condições de pagar as custas do processo e os honorários advocatícios sem prejuízo próprio.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2004.034220-9, da comarca de Timbó (2ª Vara Cível e Criminal), em que é apelante A. C. P. F., sendo apelada J. M. M.:

ACORDAM, em Quarta Câmara de Direito Civil, por votação unânime, prover parcialmente o recurso para declarar a inexistência do dever alimentar do autor para com a requerida, retroativamente à data de 1º-9-2000 — ele pediu a partir de junho de 1998 —, condenando a ré à devolução dos valores indevidamente recebidos a partir dessa data, corrigidos na forma legal, mais custas processuais e honorários advocatícios, que fixo em 10% sobre o total devido, a ser apurado em liquidação de sentença. Custas legais.

RELATÓRIO

A. C. P. F. propôs Ação de Exoneração de Alimentos contra J. M. M., sob a alegação de que sua ex-mulher, com a qual foi casado e dela divorciou-se, constituiu união estável com outro homem, não mais possuindo obrigação alimentar com a requerida.

O autor afirmou que não detém condições para continuar provendo alimentos em benefício da requerida, tendo em conta que lhe sobreveio decréscimo financeiro, além de ter constituído nova família, com esposa e filho menor.

Ressaltou que a requerida possui condições para prover o seu auto-sustento, pois é mulher jovem e saudável, tendo plenas condições de ingressar no mercado de trabalho.

Postulou a procedência do pedido para exonerá-lo do pagamento de prestação alimentícia em benefício de sua ex-mulher e condenar a requerida à devolução dos valores recebidos desde a data da constituição da união estável.

Devidamente citada, J. M. M. ofereceu contestação, alegando que necessita do auxílio alimentar prestado pelo autor, tendo em conta que os rendimentos que auferir com a venda de produtos artesanais por ela produzidos são insuficientes para assegurar o seu sustento.

Afirmou que está acometida por problemas de saúde que demandam intervenção cirúrgica, contudo está aguardando para realizar o procedimento pelo SUS, uma vez que não possui condições financeiras, nem plano de saúde particular.

Sustentou ser inverídica a alegação do autor de que ela vive em união estável com outro homem e ponderou que, ao contrário do que consta na inicial, ocorreu melhora na situação financeira de seu ex-marido, razões pelas quais requereu a improcedência do pleito exoneratório.

Instruído o feito, o Ministério Público de 1º grau ofereceu manifestação, opinando pela improcedência do pedido exordial.

O douto magistrado singular proferiu sentença de fls. 111-115, julgando improcedente o pedido inicial, condenando o autor ao pagamento de custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em R\$ 2.000,00, bem como indeferiu o pedido de justiça gratuita.

Inconformado, A. C. P. F interpôs apelação às fls. 118-126, repisando as alegações contidas na inicial.

Ao final, postulou o provimento do recurso, exonerando-o do pagamento de prestação alimentícia em benefício de sua ex-mulher e condenando a requerida à devolução dos valores recebidos desde a data da constituição da união estável. Requereu, ainda, a condenação da requerida aos ônus sucumbenciais e às penas por litigância de má-fé, bem como o deferimento do benefício da justiça gratuita.

A apelada ofereceu contra-razões às fls. 131-134, pugnando pela manutenção da sentença recorrida.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer lavrado pelo Exmo. Sr. Dr. Sérgio Antônio Rizelo, manifestou-se pelo parcial provimento do recurso, exonerando-se o apelante do pagamento da pensão alimentícia paga à requerida e deferindo-se ao recorrente os benefícios da justiça gratuita.

É o relatório.

VOTO

Conhece-se do recurso, porquanto presentes os pressupostos subjetivos e objetivos de admissibilidade.

Passo, assim, ao exame de mérito.

1. Exoneração alimentar:

Pretende o apelante ser exonerado do encargo alimentício provido à sua ex-mulher, estabelecido em ação de separação consensual.

A discussão do processo gravita na prova de a apelada haver, ou não, vivido em união estável com outro homem. É que o dever alimentar do ex-cônjuge, entre outros motivos, extingue-se com o casamento, a união estável ou o concubinato do credor (art. 1.708 do CC).

Leciona Sílvio de Salvo Venosa que “[...] cessará o direito a alimentos se o ex-cônjuge alimentando unir-se em casamento, união estável ou concubinato” (Direito Civil, 3. ed., v. 6, São Paulo: Atlas, 2003, p. 389).

Ainda, conforme Yussef Said Cahali:

“Doutrina e jurisprudência se entrelaçam ao assegurar ao ex-marido a exoneração da obrigação alimentícia convencionada ou estatuída em sentença, se a alimentária passa a viver com outro homem. (Dos Alimentos. 4. ed.: revista, ampliada e atualizada de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 497-498).

No caso dos autos, a sentença monocrática julgou improcedente o pedido exoneratório formulado pelo autor, entendendo inexistir prova de que a requerida constituiu união estável com outro homem.

Entretanto, como bem observou a douta Procuradoria-Geral de Justiça, diversa é a conclusão que se extrai do contexto probatório.

Analisando o conjunto probatório sobre a união estável entre a requerida e seu novo companheiro, transcreve-se parecer lavrado pelo Exmo. Sr. Dr. Sérgio Antonio Rizelo:

Retira-se, do documento acostado à fl. 62 dos autos [declaração firmada pela empresa Benecke], que o suposto companheiro da apelada informou à empresa Benecke Irmãos e Cia Ltda, a qual prestou serviços de 1º de setembro de 2000 a 7 de maio de 2001 [oito meses], que residia na Rua Itapema, n. 174, no bairro Quintino Bocaiúva, na cidade de Timbó/SC.

Conforme se verifica no contrato de locação juntado à fl. 34, a apelada habita exatamente no endereço noticiado por G. da S. S. como o da sua residência, o que demonstra a existência de relação estável entre ambos [união sob o mesmo teto]. Se a relação entre ambos constituísse mera união corriqueira ou simples namoro, por certo seus endereços seriam diversos.

A informação prestada pelo Conselho Tutelar de Timbó, firmada pelos Conselheiros Carlos Donner, Alexandre dos Santos e Renato

Dallabona, dá conta de que o vínculo estável entre a Apelada e G. da S. S. de fato existe.

Vejamos o teor da mencionada informação, originada de pedido de esclarecimentos formulado pela digna Promotora de Justiça Vera Lúcia Butzke de Araújo sobre os menores K. M. F. E K. M. F., filhos das partes:

‘Na data de 06/05/99 recebemos a denúncia do Sr. A. C. P. F. contra Sra. J. e seu companheiro G. da S. S. em relação a brigas e discussões que estariam violando os direitos das crianças garantidos no Artigo 17 do ECA.

‘Após denúncia iniciamos a averiguação dos fatos. A Sra. J. afirmou que brigou e discutiu gravemente, apenas uma vez com seu companheiro e que isto não se repetiu mais.

‘Em entrevista com K. Ele disse que gosta do Sr. G., que o mesmo nunca lhe bateu ou xingou. [...]’ (fls. 74/75 e grifo nosso).

“Considerando-se o teor dos informes mencionados acima, está comprovado que a apelada e G. da S. S. mantinham, ao tempo em que formalizados, relacionamento afetivo estável. A negativa da apelada a respeito da existência da convivência, e as informações das testemunhas que arrolou, cedem ante as evidências documentais mencionadas, especialmente porque não há qualquer evidência nos autos de que os integrantes do Conselho Tutelar de Timbó mantivessem qualquer interesse na solução da demanda, que pudesse justificar deduzissem afirmação falsa.

“Algumas interrogações prestam-se a demonstrar nossa perplexidade.

“Por que a Apelada não arrolou para depor em juízo o senhor G. Da S. S., de quem admitiu apenas ter sido ‘ex-namorada’? Por que não produziu prova a respeito do endereço residencial do ‘ex-namorado’, mormente se diferente do seu, já que, em face do relacionamento havido, sabe de circunstâncias que podiam ter isto permitido?

“Tais indícios recomendam posicionarmo-nos pelo reconhecimento do relacionamento entre a apelada e G. da S. S., o que, nos termos do art. 1.708 do Código Civil, exime o apelante da obrigação alimentar anteriormente arbitrada”.

Assim, ponderando-se as informações extraídas da declaração firmada pela empregadora de G. da S. S., na qual este apontou como endereço residencial o mesmo da requerida (fl. 62), e o relatório do Conselho Tutelar de Timbó (fls. 74-75), no qual consta a informação de que G. da S. S. é companheiro de J. M. M., considero suficientemente provada a existência de referida união estável (fls. 90-92). Notadamente porque as testemunhas ouvidas não trouxeram nenhuma informação capaz de desautorizar a prova documental produzida (fls. 90-92).

Provada a união estável entre a requerida J. M. M. e seu companheiro G. da S. S., aquela perde automaticamente o seu direito alimentar.

Nesse sentido, decidiu o TJSC:

— “O ex-marido tem direito de ser exonerado do encargo alimentar quando comprovar que a ex-esposa vive em união estável com outro homem (CC/2002, artigo 1.708)” (TJSC, 2ª Câmara de Direito Civil, rel. Des. Luiz Carlos Freyesleben, Ap. Civ. n. 2005.030022-8, de Lauro Müller, j. em 9-11-2006).

— “[...] A união estável da mulher, separada ou divorciada, com outro homem, exonera o ex-marido da obrigação alimentar, em conformidade com o art. 1.708 do Código Civil” (TJSC, rel. Des. Wilson Augusto do Nascimento, Ap. Cív. n. 2003.014487-0, da Capital/Fórum Distrital do Estreito, j. em 6-10-2003).

Não bastasse isso, a requerida é mulher jovem — com 39 anos de idade (fl. 7) —, saudável e goza de plenas condições para exercer atividade profissional que complementa a renda proveniente de sua atividade artesanal e assegure o seu auto-sustento.

Ante o exposto, caracterizada a união estável entre a requerida e seu novo companheiro impõe-se a exoneração do dever alimentar do autor A. C. P. F. para com sua ex-mulher J. M. M.

2. Devolução de valores pagos:

Concomitantemente à declaração de exoneração do dever alimentar, pretende o autor a devolução dos valores recebidos pela requerida, desde a união estável.

2.1 Possibilidade de restituição dos valores alimentares

Como a jurisprudência vai sendo modificada à medida das necessidades sociais, inicialmente o TJSC, quanto ao princípio da irrepetibilidade dos alimentos, vinha entendendo que a verba alimentar, em nenhum caso, poderia ser restituída, conforme o seguinte julgado:

APELAÇÃO CÍVEL — EXECUÇÃO PROVISÓRIA — ALIMENTOS — RESTITUIÇÃO DOS VALORES PAGOS INDEVIDAMENTE — IMPOSSIBILIDADE — PRINCÍPIO DA IRREPETIBILIDADE — RECURSO DESPROVIDO. Em sendo a pensão alimentícia destinada a fins genéricos, de sustento e manutenção da vida do alimentado, não cabe a restituição dos valores já pagos, em face do princípio da irrepetibilidade dos alimentos (TJSC, 1ª Câmara de Direito Civil, rela. Desa. Salete Silva Sommariva, Ap. Civ. n. n. 2002.012347-7, de Tubarão, j. em 17-6-2003).

Entretanto, analisando-se a questão sob o enfoque do Código Civil/2002, o princípio da irrepetibilidade dos alimentos merece ser redimensionado conforme critérios ético-jurídicos visando a concretização da justiça, através da eticidade e da boa-fé objetiva.

Conforme observa Humberto Theodoro Júnior em referência ao Novo Código Civil:

O ideal insistentemente perseguido é, sem dúvida, o da justiça concreta, como adverte Miguel Reale, não em função de individualidades concebidas in abstracto, mas de pessoas consideradas no contexto de suas peculiaridades circunstanciais. Fugindo da antiga perspectiva hostil à equidade e da submissão aos princípios éticos, o novo Código confessadamente reconhece a impossibilidade da plenitude do Direito escrito, pois o que há, na verdade, na nova ótica normativa, é sim, 'a plenitude ético-jurídica do ordenamento'. Dessa maneira, o Código é um sistema, um conjunto harmônico de preceitos que exigem a todo instante recurso à analogia e a princípios

como esse da equidade, de boa-fé, de correção” (Comentários ao Novo Código Civil, v. III, Tomo I, Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 12).

O novo CC, ao adotar um sistema centrado em conceitos como a ética e a boa-fé, impõe padrões de conduta sob os quais devem reger-se todas as relações humanas. Em consequência, reprime o abuso de quaisquer direitos e veda atitudes que contrariam tais premissas.

Quanto à boa-fé objetiva, Cristiano Chaves de Farias, em artigo intitulado *A Tutela Jurídica da Confiança Aplicada ao Direito de Família*, observa:

É certo e incontroverso que o ser humano possui distintas necessidades vitais: isolar-se e relacionar-se. Quando busca o isolamento e a proteção contra injustificadas intromissões em sua intimidade e privacidade, a dignidade penetrará no Direito Civil pela via da tutela dos direitos da personalidade. No entanto, na maior parte de sua vida, a pessoa encontra-se em situação de (co) relação. Aqui se vislumbra a premente confiança depositada reciprocamente entre os sujeitos de uma relação jurídica e que atua como as relações patrimoniais nos moldes constitucionais. É a boa-fé objetiva.

A boa-fé significa, assim, a mais próxima tradução da confiança, que é, como visto alhures, o esteio de todas as formas de convivência em sociedade (*Família e Dignidade Humana – Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família*, São Paulo: IOB, 2006, p. 250, grifo nosso).

Transpondo tal entendimento para o direito de família, mais precisamente para a seara do dever alimentar, ressalte-se que as partes que integram essa relação também devem agir segundo os parâmetros éticos e de boa-fé objetiva, e é nesse contexto que se deve repensar a irrepeticibilidade dos alimentos, mormente quando ocorre causa exoneratória do dever alimentar - art. 1.708 do CC —, como por exemplo, um segundo casamento, uma união estável posterior ao casamento ou união estável desfeita ou simplesmente concubinato.

Assim, o credor dos alimentos que se utiliza de evasivas para postergar o seu direito alimentar, indubitavelmente age em desconformidade com a ética e a boa-fé, pois ciente da ilicitude do pagamento.

É o caso da alimentada que, embora consciente da existência de causa extintiva do seu direito – união estável com terceiro — , não a comunica ao alimentante exclusivamente para continuar recebendo pensão alimentar deste. Esse tipo de conduta afronta a sistemática adotada pela lei civil porque a omissão da alimentada cria situação de evidente enriquecimento sem causa, o que é expressamente vedado pelo CC.

Relevante é o escólio de José Roberto de Castro Neves:

[...] ninguém pode obter uma vantagem alijada de uma razão reconhecida e aceita pelo direito. Em outras palavras, o incremento patrimonial deve vir acompanhado de uma causa.

Esse princípio, antes, advém de valores morais, incutidos e incorporados à nossa cultura. O homem de bem não aceita receber algo sem justificação lícita. Preza-se a vantagem patrimonial decorrente de uma causa lícita, reconhecida no universo jurídico, ao passo que se condena o benefício injustificável, ilícito, sem uma causa jurídica tolerada.

Certamente no ideal de justiça, na busca pela sua concretização, o princípio que veda o enriquecimento tem sua gênese e justificativa (O Enriquecimento sem Causa: Dimensão Atual do Princípio do Direito Civil, in Princípios do Direito Civil Contemporâneo, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 186, grifo nosso).

Nesse contexto, o princípio da irrepetibilidade alimentar, aplicado como valor absoluto em alguns julgados de nossos tribunais, deve ser mitigado, pois sua incidência, em hipóteses de pagamento indevido, implica em violação da ética e da boa-fé objetiva e revela-se contrária ao ideário de justiça concreta que se pretende buscar.

Tratando sobre os artigos 884 e 886 do CC - enriquecimento sem causa - e princípio da irrepetibilidade alimentar, o jurista Rolf Madaleno ensina o seguinte:

Transportando a disposição legal para o direito familista, afigura-se incontroverso o enriquecimento imotivado naquelas prestações alimentícias destinadas aos filhos já maiores e capazes, [no caso concreto, a requerida foi apenas esposa do requerente por algum tempo] que trabalham, têm renda própria ou que deixaram de estudar, mesmo em curso superior, mas seguem recebendo a pensão alimentícia, e postergando no tempo, com malícia, a demanda de exoneração, para assim acumular riqueza por causa alimentar que deixou de existir, apenas porque em tese, o crédito alimentar seria irrestituível.

O mesmo pode acontecer com relações afetivas reconstruídas, quando o alimentando já mantém uma nova relação e não ressalva nem em juízo o seu crédito alimentar, recebendo a pensão por conta da morosidade da exoneração alimentar. O credor de alimentos arbitrados na separação da relação afetiva conjugal, continua recebendo mensalmente a sua pensão que ainda é alvo de uma morosa ação de exoneração que atinge todos os estágios processuais, apenas com o propósito de amealhar prestações consideradas irrestituíveis, porque venceram no curso da lenta ação de exoneração” (Direito de Família em Pauta, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, p. 213-214, grifo nosso).

É exatamente esse o entendimento que deve ser aplicado ao caso dos autos. Isto porque cabia à requerida informar seu ex-marido sobre a união estável com G. da S. S., solicitando a imediata suspensão dos pagamentos da pensão mensal, porque a partir da união estável os alimentos pagos, de boa-fé pelo requerente, deixaram de ser devidos pela má-fé da requerida. A conduta exigível da requerida - comunicar ao requerente seu novo relacionamento - seria conforme os valores éticos e de boa-fé expostos. Contudo, assim não agiu, continuando a receber a verba alimentar sem causa jurídica que a amparasse desde o ano de 2000 (fl. 62), ano em que se iniciou a união estável.

Constituída a união estável, caberia ao novo companheiro da requerida auxiliá-la em seu sustento e não mais o autor. Conforme leciona Washington de Barros Monteiro, “*cônjuge não é parente e sim um companheiro, um sócio, e enquanto perdure a sociedade conjugal*” (in Yussef Said Cahali, Divórcio e Separação, São Paulo, Revista dos Tribunais, Tomo I, 1994, 7. ed., p. 248, grifo nosso).

Assim, enquanto a requerida ampliava a renda familiar com a pensão alimentícia indevida, o autor destinava à ex-mulher verba que poderia empregar com sua própria família, constituída por esposa e filho menor, os quais legitimamente possuem direito alimentar perante o autor.

Aliás, do ponto de vista ético e moral, competia à requerida prover seu próprio sustento, se não no início do casamento com o requerente, pelo menos após a separação com o autor, ou então, em última hipótese, pouco tempo depois disso. É que a requerida, nascida em 11/04/69 (fl. 37), separou-se em 27-10-1997, quando tinha 28 anos de idade, sendo jovem e apta a buscar seu próprio sustento, quando cessou a vida em comum com o autor e, em conseqüência, a obrigação de mútuo auxílio financeiro.

É muito grave moralmente a atitude da requerida, que além de se acomodar na expectativa de pensão alimentícia vitalícia, ainda deixou de comunicar [atitude dolosa] ao autor a constituição de união estável, revelando à toda evidência a violação dos princípios da eticidade e da boa-fé objetiva.

Desta feita, na hipótese dos autos, não se revela justo nem razoável amparar a conduta da requerida e escorá-la no princípio da irrepetibilidade alimentar. Somente a relativização da irrepetibilidade alimentar pode concretizar a almejada justiça no caso vertente.

Comprovada a união estável da requerida após o casamento desfeito com o autor e intencionalmente omitida pela ré o novo relacionamento

com terceiro, impõe-se a restituição dos valores indevidamente recebidos do autor a partir da constituição dessa união estável.

2.2 Do termo inicial da restituição

O autor pretende a restituição dos valores indevidamente pagos desde a constituição da união estável, que se deu em junho de 1998.

Merece atenção o tema relativo ao termo inicial da restituição, tendo em conta que a eficácia da sentença exoneratória de alimentos é preponderantemente desconstitutiva da obrigação alimentícia. Contudo, no presente caso, a exoneração alimentar, tem efetivamente conteúdo declaratório, consistente no reconhecimento de que a requerida viveu em união estável. Se este *decisum* não tem o condão de constituir essa união, seu efeito é o de declarar a existência de união estável entre a requerida e terceiro, que como se viu, acarreta a exoneração do débito alimentar do ex-marido à requerida.

Ao contrário do que ocorre com o art. 1.635, V, do Código Civil, que inclui decisão judicial como causa de extinção do pátrio poder, a norma do art. 1.708 não estabelece que a sentença exoneratória seja causa do término de prestação alimentar, em clara intenção de que o importante para delimitar o dever alimentício não é o regramento jurídico, mas fatos relativos ao casamento, à união estável ou ao concubinato do credor depois da primeira união afetiva fracassada.

Embora não exista em nosso CC disposição semelhante à do Código Civil português (“não há lugar, em caso algum à restituição dos alimentos provisórios recebidos”), a irrepetibilidade dos alimentos é matéria ultrapassada porque *“não será de excluir-se eventual repetição de indébito se, com a cessação ope legis da obrigação alimentar, a divorciada oculta dolosamente seu novo casamento, beneficiando-se ilicitamente das pensões que continuaram sendo pagas. Com o novo casamento, a divorciada perde automaticamente, o direito à pensão que vinha recebendo do ex-marido, sem necessidade de ação*

exoneratória; as pensões acaso recebidas a partir do novo casamento deixam de ter caráter alimentar e, resultando de omissão dolosa, sujeitam-se à repetição” (Yussef Said Cahali, *Dos Alimentos*. 4ª edição: revista, ampliada e atualizada de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 126). Neste sentido, os acórdãos do TJSP, 1ª Câmara Civil, J. 18-2-1993 e JTJ 143/133.

Dessa forma, tendo em conta que o implemento de quaisquer das hipóteses do art. 1.708 do CC implica em cessação automática da obrigação alimentar, a exoneração alimentar deve retroagir a partir da união estável entre a requerida e G. da S. S. (1º-9-2000, conforme documento de fl. 62).

Mutatis Mutandis, decidiu o TJSP em recente julgado:

— “Alimentos — Pedido de devolução do que foi pago indevidamente, nos próprios autos da ação de exoneração — Decisão que o rejeitou, de cunho interlocutório, que não fez coisa julgada — Recurso improvido — Alimentos — Repetição de indébito — Varão exonerado de pagar pensão à filha [!!!], por decisão transitada em julgado em agosto de 2001, visto contar ela com 26 anos de idade e ser formada em Direito — Descontos cessados somente em abril de 2002 — Princípio da irrepetibilidade que não é absoluto — Direito a repetição reconhecido para que não haja enriquecimento sem causa — Sentença mantida — Recurso improvido” (TJSP, 6ª Câmara de Direito Privado, rel. Des. Waldemar Nogueira Filho, Ap. Cív. n. 3055394800, j. em 04/10/2007, grifo nosso).

A condenação da requerida à devolução de tais valores tem caráter pedagógico e deve ser deferida.

Por essas razões, declara-se a inexistência do dever alimentar do autor para com a requerida, retroativamente à data de 1º-9-2000, condenando-se a ré à devolução dos valores indevidamente recebidos a partir dessa data, devidamente atualizados, mais custas processuais e honorários advocatícios, que fixo em 10% sobre o total devido, a ser apurado em liquidação de sentença.

3. Litigância de má-fé:

Pretende o autor a condenação da requerida às penas por litigância de má-fé.

Conforme decidiu este Egrégio Tribunal de Justiça:

A imposição de sanção por litigância de má-fé somente é possível quando perfeitamente caracterizados um dos pressupostos estampados no art. 17 do CPC, sob pena de restringir-se indevidamente o exercício do contraditório e do duplo grau de jurisdição (Rel. Des. Luiz César Medeiros, in Ap. Civ. n. 1999.021851-1, de Concórdia).

Não se vislumbra na hipótese dos autos a existência de dolo processual capaz de impingir condenação da requerida por litigância de má-fé.

A requerida tão-somente exerceu o seu direito de defesa, não restando caracterizadas as hipóteses dos arts. 14 e 17 do Código de Processo Civil, afastando-se a pretendida condenação.

4. Da justiça gratuita:

Defere-se a justiça gratuita em favor do requerente porque o art. 4º da Lei n. 1.060/50 dispõe que *“a parte gozará dos benefícios da assistência judiciária gratuita, mediante simples afirmação, na própria petição inicial, de que não está em condições de pagar as custas do processo e os honorários do advogado, sem prejuízo próprio ou de sua família”*.

Ratificando o entendimento supra, o STJ, quando chamado a resolver problema judicial idêntico ao do caso em exame, decidiu o seguinte:

“Para se obter o benefício da assistência judiciária gratuita, basta que seu beneficiário a requeira mediante simples afirmação do estado de miserabilidade, sendo desnecessária a sua comprovação” (REsp. n. 121.799/RS, rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJU 26-6-2000).

Por tais razões, concede-se ao autor o benefício da justiça gratuita.

Ante o o exposto, voto pelo parcial provimento do recurso para declarar a inexistência do dever alimentar do autor para com a requerida, retroativamente à data de 1º-9-2000 — ele pediu a partir de junho de 1998 —, condenando a ré à devolução dos valores indevidamente recebidos a partir dessa data, corrigidos na forma legal, mais custas processuais e honorários advocatícios, que fixo em 10% sobre o total devido, a ser apurado em liquidação de sentença.

A condenação ora imposta à requerida é suspensa por cinco anos em decorrência do art. 12, da Lei de Assistência Judiciária Gratuita.

É o voto.

DECISÃO

Nos termos do voto do relator, esta Quarta Câmara de Direito Civil, à unanimidade de votos, resolve prover parcialmente o recurso para declarar a inexistência do dever alimentar do autor para com a requerida, retroativamente à data de 1º-9-2000 — ele pediu a partir de junho de 1998 —, condenando a ré à devolução dos valores indevidamente recebidos a partir dessa data, corrigidos na forma legal, mais custas processuais e honorários advocatícios, que fixo em 10% sobre o total devido, a ser apurado em liquidação de sentença.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Trindade dos Santos, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Eládio Torret Rocha. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. Sérgio Antônio Rizelo.

Florianópolis, 5 de junho de 2008.

Monteiro Rocha
RELATOR

Apelação Cível n. 2005.000406-5, de Araranguá

Relator: Des. Monteiro Rocha

DIREITO CIVIL – FAMÍLIA – INVESTIGATÓRIA DE PATERNIDADE C/C ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA E ALIMENTOS – EXAME DNA POSITIVO – PROCEDÊNCIA PARCIAL EM 1º GRAU – INSURGÊNCIA DO INVESTIGADO – CERCEAMENTO DE DEFESA – AUSÊNCIA DE TESTEMUNHAS E INDEFERIMENTO DE 2º EXAME DNA – TESTEMUNHAS DEFERIDAS INDEPENDENTEMENTE DE INTIMAÇÃO – NOVA PERÍCIA – DESNECESSIDADE – LAUDO REGULAR – RECURSO IMPROVIDO – RECONHECIMENTO DA PATERNIDADE – EXISTÊNCIA DE PATERNIDADE SOCIOAFETIVA E GENÉTICA – PREVALÊNCIA DAQUELA – MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA – PATERNIDADE PARA FINS EXCLUSIVAMENTE BIOLÓGICOS – MANUTENÇÃO DO REGISTRO CIVIL — SENTENÇA REFORMADA.

Não tendo comparecido à audiência as testemunhas que viriam independentemente de intimação, não há cerceamento de defesa porque a desistência de suas oitivas é presumida.

O resultado do exame DNA é prova suficiente para corroborar o estado de filiação afirmado na inicial, dispensando-se sua renovação quando inexistentes vícios capazes de macular o laudo pericial.

No conflito entre paternidade socioafetiva e biológica — matéria de ordem pública —, prevalece aquela por melhor acolher o princípio constitucional da dignidade humana.

Existindo paternidade socioafetiva simultaneamente com a paternidade biológica, deve esta ser acolhida parcialmente para fins exclusivamente genéticos, sem parentalidade ou consequência sucessória, mas mantendo-se aquela até então existente.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2005.000406-5, da comarca de Araranguá (2ª Vara Cível), em que é apelante I. F. E., sendo apelada E. A. de A. M.:

ACORDAM, em Quarta Câmara de Direito Civil, por votação unânime, dar parcial provimento ao recurso interposto pelo requerido I. F. E. para reconhecer a sua paternidade biológica sobre a autora E. A. de A. M. somente para fins genéticos (sem qualquer vínculo parental ou sucessório), mantendo-se a paternidade socio-afetiva até então existente. e condenando-se ambas as partes nos ônus da sucumbência. Custas legais.

RELATÓRIO

I. A. de A. M., representada por sua mãe R. O. de A., propôs Ação de Investigação de Paternidade c/c Assistência Judiciária Gratuita e Alimentos contra I. F. E., sob a alegação de que o requerido manteve relacionamento amoroso com a sua genitora e que desta união decorreu o seu nascimento.

Afirmou que findo o relacionamento entre sua mãe e o requerido, este se recusou a assumir a paternidade biológica da autora.

Ressaltou que sua mãe encontrou novo companheiro e que este lhe registrou como se sua filha fosse, contudo, sabendo a origem de sua paternidade, pretende ser reconhecida pelo seu pai biológico.

Por fim, postulou a procedência da ação, declarando-se o requerido I. F. E. pai da autora, com as devidas retificações no registro civil.

Devidamente citado, o requerido ofereceu contestação, aduzindo, preliminarmente, carência de ação por impossibilidade jurídica do pedido, tendo em vista que a autora está registrada como filha de terceiro. Argüiu, também, que inexistente pedido expresso para concessão de verba alimentar

e, desse modo, em caso de procedência da ação, impossível é a fixação de alimentos à menor.

No mérito, o requerido afirmou serem inverídicos os fatos articulados na exordial, sustentando jamais ter mantido relacionamento com a mãe da autora e arguiu a *exceptio plurium concubentium*.

O magistrado *a quo* determinou a citação do pai registral J. R. M. para integrar a lide como litisconsorte passivo necessário, tendo o mesmo apresentado intervenção, pugnando pelo indeferimento do pedido inicial.

Em audiência conciliatória, foi deferido o exame DNA, bem como a produção de prova testemunhal.

O laudo do exame genético foi colacionado às fls. 43-44, atestando a probabilidade de 99,888806% do requerido I. F. E. ser o pai biológico da autora.

Foi proferida sentença à fl. 66, da qual se colhe a seguinte parte dispositiva:

JULGO PROCEDENTE EM PARTE o pedido formulado por E. A. de A. M., e, em consequência, DECLARO que I.F.E. é o seu pai biológico, passando a chamar-se E. A. de A. M. E., constando do seu registro os nomes dos seus avós paternos. Condeno o réu no pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes que arbitro em 20% de doze das prestações de alimentos como acima definido. Condeno ainda o réu no pagamento da perícia custeada pela autora, como consta a folhas 41.

O requerido opôs embargos declaratórios à fl. 67, os quais foram acolhidos para retificar o valor dos honorários advocatícios para R\$ 900,00 (fl. 67v.).

Inconformado, I. F. E. interpôs apelação às fls.71-75, aduzindo ter ocorrido cerceamento de seu direito de defesa, ante o indeferimento da oitiva da prova testemunhal, bem como da renovação da perícia genética.

Afirmou que o magistrado indeferiu a produção de prova testemunhal e o pedido de renovação da perícia genética sem a adequada fundamentação.

Postulou o provimento do recurso, anulando-se o processo a partir da audiência de instrução e julgamento e renovando-se o exame DNA.

O Ministério Público de 1º grau opinou pelo improvimento do recurso (fls. 79-82).

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer lavrado pelo Exmo. Sr. Dr. Mário Gemin, manifestou-se pelo improvimento do recurso (fls. 88-90).

É o relatório.

VOTO

1. Recurso do pai biológico I. F. E.

Porque a adoção é decorrência de respeito, amizade, amor e dignidade, transcreve-se excerto do Velho Testamento, que direta ou indiretamente, é referência para o presente *decisum*:

“Porque quando o meu pai e minha mãe me desampararam, o Senhor me recolheu” (Salmos, 27:10), podendo ser dito neste momento que a autora é escolhida por Deus quando o companheiro de sua mãe lhe adotou como se pai biológico fosse, passando daí por diante a ser seu pai sócioafetivo.

Conhece-se do recurso, porquanto presentes os pressupostos subjetivos e objetivos de admissibilidade.

Inexiste no caso *sub judice* a alegada impossibilidade jurídica do pedido porque sua possibilidade jurídica é entendida como sendo a admissibilidade da pretensão perante o ordenamento jurídico, ou então, ausência de proibição, no direito posto, do que se postula na causa.

Afasta-se a preliminar de impossibilidade jurídica do pedido.

Pretende o apelante a anulação do processo desde a audiência de instrução e julgamento, aduzindo cerceamento de defesa, em razão do indeferimento da prova testemunhal e de renovação da perícia genética.

a) Do indeferimento da prova testemunhal:

Ao contrário do que alega o apelante, a prova testemunhal requerida foi deferida pelo magistrado *a quo*. Contudo, consoante se infere dos autos, o requerido não tomou as devidas providências para que as mesmas comparecessem à audiência de instrução de julgamento e fossem colhidos os respectivos depoimentos. Como assim não o fez, presume-se que desistiu de suas oitivas.

Assim decidiu o TJSC:

— “É ônus da parte a apresentação em audiência de testemunhas que compareceriam independentemente de intimação. Presume-se a desistência da sua ouvida quando deixam de comparecer sem motivo justificado” (TJSC, 1ª Câmara Civil, rel. Des. Ruy Pedro Schneider, Ag. Inst. n. 2000.016661-8, da Capital, j. em 13-2-2001).

Pelo exposto, afasta-se a alegação de cerceamento de defesa decorrente da ausência de prova testemunhal.

b) Renovação da perícia genética:

Com a evolução da ciência, o exame DNA, face à irrefutabilidade prática do seu resultado, passou a ser prova técnica indispensável para as ações investigatórias de paternidade, constituindo elemento seguro para

o reconhecimento ou exclusão da paternidade biológica, cujo resultado proporciona índices de certeza superiores a 99,99%.

Conforme decidiu o TJSC:

— “A realização de exame de DNA, com probabilidade de acerto de 99,9999%, confere ao magistrado segurança e certeza suficiente ao reconhecimento da paternidade” (TJSC, 2ª Câmara de Direito Civil, rel. Luiz Carlos Freyesleben, Ap. Cív. n. 2003.026395-0, de Lages., j. em . 2-12-04).

Nesse contexto, a renovação do exame DNA, somente deve ser realizada quando existente erro ou vício no laudo apresentado, de forma a comprometer a confiabilidade da conclusão obtida pela perícia genética, na forma do art. 438 do Código de Processo Civil.

Após a juntada do laudo pericial nos autos, o apelante, quando instado a manifestar-se sobre o exame DNA, apenas apresentou genérica impugnação, não apontando nenhuma irregularidade específica, motivos que levaram o magistrado *a quo* a indeferir o seu pedido de renovação da perícia. O apelante apenas discordou da conclusão obtida e da metodologia utilizada, denominada PCR, conforme atesta o laudo de fls. 44-49.

Sobre a metodologia utilizada, salienta Salmo Raskin:

Não existe metodologia melhor ou pior, pois qualquer uma das acima citadas é capaz de esclarecer absolutamente todos os casos. A escolha fica na dependência da experiência de cada laboratório. O LabCorp, laboratório com maior experiência a nível mundial, tendo realizado mais de 300 mil casos até hoje, optou há alguns anos atrás pela técnica uni-locais através da metodologia P.C.R. Somos pioneiros no Brasil na utilização da metodologia de P.C.R. em Paternidade analisando Short Tandem Repeats ou STRs (pequenas repetições hipervariáveis). Em nossa opinião, a P.C.R.— S.T.R., que é um método de terceira geração, deveria ser o método de escolha (Manual Prático do DNA para Investigação de Paternidade, Curitiba: Juruá, 1998).

Assim, considerando a eficiência científica da metodologia adotada e não havendo qualquer indício de irregularidade no laudo apresentado, constitui o exame DNA prova segura da paternidade biológica, não havendo razão para a renovação da perícia genética.

Por tais razões, afasta-se a alegação de cerceamento de defesa em razão da ausência de prova testemunhal e do indeferimento de renovação da perícia genética, a qual, inclusive, concluiu que o réu é o pai biológico da autora.

c) Do reconhecimento da paternidade de I. F. E.

Como matérias que tratam sobre direito público e absoluto, estes, por exemplo, envolvendo estado (de casado, de filiação, etc) e aqueles versando sobre, por exemplo, direitos morais e direitos de personalidade, devem eles ser conhecidos, independentemente da vontade das partes.

Tratando sobre questão relativa a estado e capacidade, o Egrégio Sodalício deste Estado tem decidido o seguinte:

A proteção ao idoso, prevista pela CF/88 e pela Lei n. 10.741/03 (Estatuto do Idoso), é prioridade absoluta a ser perseguida pela família, pela sociedade e pelo Estado, constituindo matéria de ordem pública e possuindo o juiz o poder-dever de agir de ofício para sua efetivação. Estando a genitora idosa em constante e grave litígio com filho e nora em imóvel de propriedade daquela, objetivando a integridade física e emocional de anciã é dada ao magistrado a aplicação, ex officio, de afastamento daqueles da propriedade materna, entre outras medidas protetivas, sob pena de perigo de dano físico e emocional, em atenção ao princípio da dignidade constitucional (TJSC, 2ª Cam. Direito Civil, rel. Des. Monteiro Rocha, Ap. Civ. n. 2006.016691-1, do Fórum Distrital do Estreito, j. em 22-3-2007).

Outro não é o entendimento da doutrina:

“A ação declaratória do estado de filho, conhecida como de investigação de paternidade é apenas uma espécie do gênero declaratória de estado familiar. Ela pode ser exercida por quem tenha interesse

jurídico em atribuir a um determinado fato da vida uma consequência jurídica. Esse interesse pode ser revelado por alguém que pretenda apontar como sendo descendente de uma estirpe, ainda que longínqua. Os limites do pedido devem ser estabelecidos a partir das possibilidades reais de apuração da verdade e a partir da demonstração efetiva do interesse jurídico” (Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, Código Civil Comentado, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, atualizado até 20-5-2006, p. 900).

Assim, como no caso resolvido pelo entendimento supra, as matérias objeto destes autos também devem ser examinadas, por se tratarem de assuntos relativos à filiação, paternidade, família e registros públicos.

Conforme noticiado na inicial, o requerido, pai biológico da autora, se recusou a assumir a paternidade da filha. Esta situação perdurou até 04 de julho de 1984, quando o então companheiro de sua genitora, o Sr. J. R. M. *“numa demonstração de muito amor e desprendimento, registrou a então menor E., como se fosse sua filha, assumindo a paternidade da mesma, em nome do amor tido pela mesma e por sua mãe”* (fl. 2).

Os fatos descritos na inicial estão confirmados pela escritura pública de adoção de fl. 7 (tendo como adotada a autora e adotante o companheiro da genitora daquela), além da certidão de nascimento de fl. 8, das quais se extrai que a autora foi registrada como filha de J. R. M. quando possuía apenas 9 meses de idade.

Passados mais de dez anos, a autora veio a juízo pleitear o reconhecimento de sua paternidade biológica, o que não lhe pode ser negado, uma vez que constitui direito indisponível e que pode ser buscado a qualquer tempo por quem tenha legítimo interesse.

Havendo nos autos exame DNA positivo, o pedido para reconhecimento da paternidade biológica foi julgado procedente em 1º Grau.

Outrossim, este *decisum* está fundamentado nos seguintes questionamentos: a) se a filiação socioafetiva tem supremacia sobre a biológica;

b) se a existência de filiação socioafetiva, através de escritura pública de adoção de fl. 7, acarretaria na extinção daquela forma de parentesco; c) se além das conseqüências parentais, existem outras conseqüências jurídicas para a autora; d) se a adoção é irrevogável, deve ser analisada a possibilidade ou não do mencionado pedido.

Existem duas versões nestes autos: de um lado, a incontestável paternidade socioafetiva em relação ao pai registral J. R. M., que por dezoito anos dispensou à autora todo o afeto e amparo paternos e de outro lado, a paternidade biológica em relação ao requerido I. F. E., o qual, sequer tomou conhecimento da autora como ser humano gerado por seu ato voluntário.

A paternidade socioafetiva consubstanciada no reconhecimento voluntário e espontâneo de J. R. M., que registrou a autora como se sua filha fosse, não pode ser desconstituída, nem pelo pai registral/J. R. M. (que intervindo no processo, requereu a improcedência da inicial), nem pela filha/autora.

Em relação ao pai adotivo J. R. M., o reconhecimento voluntário da filiação da autora está sedimentado por elos de afetividade — típica adoção —, a chamada adoção à brasileira, ato que é irrevogável a teor dos arts. 48 do ECA e 1.609, I do CC.

Nesse sentido, colhe-se do TJRS:

QUEM, SABENDO NÃO SER O PAI BIOLÓGICO, REGISTRA COMO SEU, FILHO DE COMPANHEIRA DURANTE A VIGÊNCIA DE UNIÃO ESTÁVEL, ESTABELECE UMA FILIAÇÃO SÓCIO-AFETIVA QUE PRODUZ OS MESMOS EFEITOS QUE A ADOÇÃO, ATO IRREVOGÁVEL. AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE E AÇÃO ANULATÓRIA DE REGISTRO DE NASCIMENTO. O PAI REGISTRAL NÃO PODE INTERPOR AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE E NÃO TEM LEGITIMIDADE PARA BUSCAR A ANULAÇÃO DO REGISTRO DE NASCIMENTO, POIS INEXISTE VÍCIO

MATERIAL OU FORMAL A ENSEJAR SUA DESCONSTITUIÇÃO” (TJRS, 4º Grupo de Câmaras Cíveis, Rel. Des. Maria Berenice Dias, Emb. Inf. n. 599277365, j. em 10-9-1999).

Tratando sobre filiação socioafetiva e investigação de paternidade contra suposto pai falecido (no caso concreto, o réu é pessoa viva), abalizada doutrina ensina o seguinte:

“Uma demanda ajuizada para desconstituir a relação afetiva [não é o caso dos autos] e dar lugar ao frio vínculo puramente biológico, intentada depois da morte do genitor consangüíneo, não deve encontrar respaldo na jurisprudência nacional, quando o investigante sempre teve pais socioafetivos e registrais, e não desconhecia a desconexão dos seus pais do coração.

“A eventual procedência desta classe de ação não gerará qualquer efeito prático e nem irá abalar o sólido relacionamento já enraizado entre o filho e seus genitores socioafetivos. A união e o relacionamento afetivo construídos no ambiente familiar estão sacramentados e se tornam vínculos perenes, que não podem ser apagados por uma sentença judicial de desconstituição do liame parental. A sentença não cria uma parentalidade póstuma, pois não há mais espaço para estreitar laços com quem já faleceu. Quem investiga os vínculos cromossômicos de um pai morto, realmente não procura um genitor, pois não mais poderá encontrar um pai que nunca quis procurar em vida. Seu foco é o direito hereditário da vinculação genética, com a precedente desvinculação afetiva judicial, como se a herança material fosse a desumana premiação de uma relação consangüínea, e como se o indefectível teste científico de DNA bastasse para apagar a história da filiação surgida de um longo e despojado relacionamento de amor.

“Todos os personagens deste cenário processual sabem que o registro parental e a verdade biológica nada significam quando pais e filhos sempre estiveram unidos pelos sinceros laços da espontânea afeição”.

No mesmo entendimento doutrinário, há solução para o caso concreto, conforme se transcreve abaixo:

“Foi o ascendente socioafetivo quem desempenhou a função parental e atuou como educador ao irradiar afeto, amizade e compreensão.

Foi ele quem, sem vacilar, emprestou seu nome para completar a personalidade civil daquele que acolheu por amor, não sendo aceitável que um decreto judicial atue como prenúncio de morte da afeição, entre personagens ausentes, em que um jamais quis participar da vida do outro.

“Impossível desconsiderar como cerne da relação familiar a coexistência dos laços de interação parental, vivendo e convivendo os componentes de uma família em recíproco afeto e de solidariedade familiar. A herança existe para a sobrevivência, para manter íntegros os laços do conjunto familiar, e não para atizar a cobiça de estanhos apenas ligados pelos vínculos consangüíneos, mas que representam figuras carentes de relacionamento fático e afetivo.

“A paternidade ou maternidade mais importante nasce dos vínculos do tempo e do amor incondicional, e não de uma sentença que declare ser genitor uma pessoa já falecida” (Rolf Madaleno, *Filiação Sucessória*, Porto Alegre, Editora Magister Ltda., in *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, v. 1, p. 29-30).

O parentesco socioafetivo, amparado nos princípios do moderno direito de família, tais como o da dignidade da pessoa humana, o da solidariedade familiar e o da afetividade, prepondera sobre os laços parentais biológicos.

Inobstante inexistir norma específica no direito brasileiro que trate da paternidade socioafetiva (o direito português prevê a posse de estado de filiação), a preponderância do elo da afetividade estabelece relações de parentesco com fundamento na Constituição Federal de 1988 que, em capítulo que trata especificamente da unidade familiar, expressou tal orientação ao consagrar a igualdade entre filhos naturais e adotivos (art. 226, § 6º), reconhecer a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes como entidade familiar (art. 226, § 4º), assegurar o direito à convivência familiar com prioridade absoluta da criança e do adolescente (art. 227, *caput*) e impor o dever de solidariedade entre os membros da família (arts. 229 e 230).

O novo CC, por seu turno, estabeleceu em seu art. 1.593 que “*o parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consangüinidade ou outra origem*”, o que permite inserir nesta última modalidade a filiação de origem afetiva.

Tratando do dispositivo supra, Eduardo de Oliveira Leite ensina:

[...] a força maior do artigo radica de seu in fine, que escancara as portas a uma nova forma de parentesco, nem natural, nem civil, mas que fundamenta a filiação sócio-afetiva.

[...]

“Em última análise, é a aceitação ampla e irrestrita da noção da posse de estado de filho, que adentra a legitimidade total em ambiente, até então, reservado aos meros laços da consangüinidade.

Portanto, em nosso ordenamento jurídico – formado por regras e princípios – existem fundamentos suficientes que indicam a necessidade do reconhecimento da filiação socioafetiva. Mormente porque, conforme lembra Rolf Madaleno, “[...] *deve a lei seguir pela trilha do fim social previsto pelo artigo 5º da Lei de Introdução do Código Civil, para admitir serenamente, a paternidade socioafetiva à vista do fim social*” (Direito em Família em Pauta, Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2004, p. 22).

Embora ainda não haja positivação da paternidade/filiação socioafetiva, muito em breve teremos lei regulamentando tal parentesco, conforme se vê pelo Projeto de Lei n. 2285/2007 – Estatuto das Famílias — , em cujo art. 77 e parágrafo único está contido o seguinte:

É admissível a qualquer pessoa, cuja filiação seja proveniente de adoção, filiação socioafetiva, posse de estado ou de inseminação artificial heteróloga, o conhecimento de seu vínculo genético sem gerar relação de parentesco.

O ascendente genético pode responder por subsídios necessários à manutenção do descendente, salvo em caso de inseminação artificial heteróloga.

Neste mesmo sentido é o entendimento jurisprudencial abaixo:

A adoção atribui a condição de filho ao adotado, com direitos e deveres, desligando-o de qualquer vínculo com os pais e parentes, não podendo, portanto, participar da sucessão do pai biológico aquele que foi adotado, maxime se já participou da sucessão de seus pais adotivos (TJDF, 3ª Turma Cível, rel. Des. Humberto Adjuto Ulhôa, AC 2004011116845-8, j. em 15-8-2007).

Nesse contexto, é imperioso afirmar que a paternidade socioafetiva de J. R. M., conforme registro civil da autora, não pode ser desconstituída, posto que, como preconiza Luiz Netto Lobo *“A Paternidade deriva do estado de filiação, independentemente da origem (biológica ou não)”* (Direito ao Estado de Filiação e Direito à Origem Genética: Uma Distinção Necessária, in Afeto, Ética, Família e o Novo Código Civil, Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 525).

E, ainda, esclarecendo o estado de filiação, explana o supramencionado autor:

Filiação é conceito relacional; é a relação de parentesco que se estabelece entre duas pessoas, uma das quais é considerada filha da outra (pai ou mãe). O estado de filiação é a qualificação jurídica dessa relação de parentesco, atribuída a alguém, compreendendo um complexo de direitos e deveres reciprocamente considerados. O filho é titular do estado de filiação, da mesma forma que o pai e a mãe são titulares dos estados de paternidade e de maternidade, em relação a ele.

[...]

O estado de filiação constitui-se ope legis ou em razão da posse de estado, por força da convivência familiar (a fortiori social), consolidada na afetividade. Nesse sentido, a filiação jurídica é sempre de natureza cultural (não necessariamente natural), seja ela biológica ou não biológica” (Direito ao Estado de Filiação e Direito à Origem Genética: Uma Distinção Necessária, in Afeto, Ética, Família e o Novo Código Civil, Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 508).

A autora detém a posse de estado de filha de J. R. M. por mais de dezoito anos, período no qual o adotante desempenhou com amor as funções paternas, de tal modo que veio a contestar o pedido inicial, postulando sua improcedência. Assim, tal relação socioafetiva não pode ser negada. Nem mesmo o superveniente conhecimento da verdade biológica pode levar à desconstituição da paternidade socioafetiva, posto que o mero vínculo consangüíneo não pode apagar o elo de dedicação e afeto decorrente da paternidade socioafetiva exercida por J. R. M.

O estado de paternidade/filiação é decorrente de situações culturais ocorridas em cada época do estágio humano. Assim, se a família e, por consequência, a filiação inicialmente estavam vinculadas à ideologia religiosa, até há pouco tempo o mesmo parentesco era vinculado exclusivamente ao critério biológico. Hoje, contudo, os laços de paternidade/filiação envolvem ideologia relacionada à cultura, que consiste principalmente em sua etiologia socioafetiva.

Enfim, paternidade jurídica independe de religião ou biologia, mas simplesmente de cultura.

No confronto entre a verdade biológica atestada pelo exame DNA e a verdade socioafetiva, caracterizada pela adoção da autora — há aproximadamente mais de dezoito anos — pelo litisconsorte passivo J. R. M. no momento em que este a registrou como sua filha, há a prevalência da última.

Existindo parentesco socioafetivo, mesmo que independente da verdade biológica, a supremacia é do elo da afetividade. Por isso mesmo é que, conforme entendimentos doutrinários e jurisprudenciais, é proibida a desconstituição do registro de nascimento concretizado espontaneamente por aquele que, não sendo o pai consangüíneo, tem a filha como sua.

A jurista gaúcha Maria Berenice Dias, Manual de Direito das Famílias, p. 398, ao tratar sobre investigação de paternidade, ensina que

“ainda que a adoção seja irrevogável, a jurisprudência vem admitindo a possibilidade de o adotado investigar sua filiação biológica. O direito de conhecer a verdadeira identidade integra o conceito de dignidade da pessoa humana. No entanto, gerando a adoção vínculo de filiação socioafetiva, a declaração da paternidade não surte efeitos registrais, o que impede benefícios de caráter econômico. De qualquer forma, seja para satisfazer mera curiosidade, seja em respeito ao direito de conhecer a origem biológica, ou mesmo para efeitos médicos é possível obter a declaração da paternidade genética sem desconstituir a filiação gerada pela adoção”.

Por outro lado, traz-se aos autos entendimento jurisprudencial do STJ, quando trata de assunto de crucial importância para o deslinde da *quaestio*:

Comprovado que o autor goza da condição de filho afetivo frente ao pai registral, vínculo que goza de relevância maior, limita-se a sentença a reconhecer a verdade biológica. Ainda que identificada a filiação natural, é proclamada a filiação socioafetiva, que não produz efeitos registrais. Aliás, essa solução encontra respaldo em decisão do STJ, que admite a ação investigatória do filho adotivo sem alteração da adoção. Neste sentido: STJ, 3ª T., REsp. n. 127.541/RS, rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. 10-4-2000.

Ante o exposto, dou parcial provimento ao recurso interposto pelo requerido I. F. E. para reconhecer a sua paternidade biológica sobre a autora E. A. de A. M. somente para fins genéticos (sem qualquer vínculo parental ou sucessório), mantendo-se a paternidade socio-afetiva até então existente.

Em consequência, há que se reconhecer que a autora foi atendida de modo parcial em seu pedido preambular, devendo ser decretada a sucumbência recíproca à luz do art. 21 do CPC, pelo que devem as partes pagarem as custas processuais e os honorários advocatícios, estes fixados em R\$ 900,00, na proporção de 50% para cada uma das partes, ressalvada a suspensão a que se refere o art. 12 da Lei n. 1.060/50.

É o voto.

DECISÃO

Nos termos do voto do relator, esta Quarta Câmara de Direito Civil, à unanimidade de votos, resolve dar parcial provimento ao recurso interposto pelo requerido I. F. E. para reconhecer a sua paternidade biológica sobre a autora E. A. de A. M. somente para fins genéticos (sem qualquer vínculo parental ou sucessório), mantendo-se a paternidade socio-afetiva até então existente. e condenando-se ambas as partes nos ônus da sucumbência.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Trindade dos Santos, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Ronaldo Moritz Martins da Silva. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. Mário Gemin.

Florianópolis, 19 de junho de 2008.

Monteiro Rocha
RELATOR

QUARTA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

APELAÇÕES CÍVEIS

Apelação Cível n. 2007.046582-9, de Xanxerê

Relator: Des. Carstens Köhler

APELAÇÃO CÍVEL. MONITÓRIA. NOTA FISCAL. INDICAÇÃO DO RÉU COMO O DESTINATÁRIO DAS MERCADORIAS QUE NÃO É O BASTANTE PARA REVELAR SUA RESPONSABILIDADE PELO ADIMPLEMENTO DO CRÉDITO NELA CONSTANTE. AUSÊNCIA DE ASSINATURA DO DEMANDADO NO DOCUMENTO FISCAL. EMISSÃO DE CHEQUES PARA O PAGAMENTO DA DÍVIDA POR TERCEIRO QUE NÃO O ORA RECORRENTE. ÔNUS DE COMPROVAR A EXISTÊNCIA DO NEGÓCIO ENTRE OS LITIGANTES QUE COMPETIA À EMPRESA AUTORA, A QUAL NÃO SE DESINCUMBIU DE TAL MISTER. MODIFICAÇÃO DO *DECISUM* QUE SE IMPÕE. INVERSÃO IMPERATIVA DO ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA.

RECURSO PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2007.046582-9, da comarca de Xanxerê (1ª Vara), em que é apelante Leodir Simionatto, e apelada Ferragem Planeta Ltda.:

ACORDAM, em Quarta Câmara de Direito Comercial, por votação unânime, dar provimento ao apelo. Custas legais.

RELATÓRIO

Irresignado com a sentença prolatada nos Autos n. 080.04.002761-9 (fls. 109-116), que julgou procedente a ação monitória contra si proposta por Ferragem Planeta Ltda., constituindo de pleno direito a nota fiscal que instrui a inicial, no valor de R\$ 26.280,00 (vinte e seis mil duzentos e oitenta reais), apelou Leodir Simionatto à fl. 121, cujas razões encontram-se acostadas às fls. 122-135.

Sustenta o recorrente, basicamente, que não possui nenhuma responsabilidade para com a postulante, uma vez que não entabulou nenhum negócio com ela, motivo pelo qual há de ser dado provimento ao apelo, com a inversão do ônus da sucumbência.

Com as contra-razões (fls. 140-143), ascenderam os autos a este grau de jurisdição.

É o necessário escorço.

VOTO

Ab initio, impende assinalar que a irrisignação é tempestiva, o apelante recolheu a tempo e modo o preparo devido (fl. 136), e estão presentes os demais requisitos objetivos e subjetivos inerentes ao recurso, o que viabiliza a sua análise por este Areópago Estadual.

O inconformismo merece prosperar.

Começa-se a presente fundamentação trazendo à baila o tão conhecido provérbio: O direito não socorre aos que dormem, ou, de sua origem, *dormientibus non succurrit jus*.

Segundo consta da causa de pedir apontada no pórtico deflagratório, a nota fiscal emitida em desfavor do demandado representaria sua

responsabilidade pelo pagamento da dívida contraída em razão da compra de materiais de construção na empresa postulante, a qual afirmou:

Disso tudo, decorre que o real devedor no caso em apreço, aquele que efetivamente, ao final de contas, se beneficiou dos materiais adquiridos da autora, foi o réu, daí que a presente é contra ele aforada (fl. 3).

O que se percebe, de antemão, é que, embora a demanda monitória seja aparelhada com uma nota fiscal (fl. 13) e com três cheques relativos ao negócio que teria dado origem ao documento fiscal (fl. 14), busca-se a constituição de título executivo judicial apenas em relação ao documento de fl. 13 e não em face das referidas cártulas, as quais, diga-se desde já, nem sequer foram emitidas pelo apelante e nem contaram com sua intervenção.

Aliás, caso a ação tivesse por objeto os cheques anexados à fl. 14, figuraria em seu pólo passivo não a pessoa do réu, mas certamente o emitente dos títulos – Alessandro dos Santos da Paz –, o que não é a hipótese sob análise.

Feitas essas necessárias ressalvas, verifica-se que o deslinde da *questio* reside em determinar se o ora recorrente é ou não o responsável pela pagamento da dívida representada pela nota fiscal de fl. 13.

Com efeito, em que pesem os argumentos trazidos na exordial, no sentido de que quem teria se beneficiado dos materiais adquiridos seria o réu, os elementos de prova colacionados ao caderno processual não são suficientes para corroborar a tese levantada pela autora da demanda.

Isso porque, em primeiro lugar, percebe-se que os cheques para pagamento do negócio entabulado foram emitidos na data de 30-4-04 por Alessandro dos Santos da Paz, o que revela, *a priori*, que a transação fora realizada entre este e a empresa recorrida.

A propósito, o ônus de comprovar o contrário, isso quer dizer, o encargo de demonstrar que a negociação envolvia diretamente o requerido e a Ferragem Planeta Ltda. era, sem sombra de dúvidas, da postulante, o que não logrou realizar com êxito, já que se limitou em trazer aos autos o boletim de ocorrência de fl. 16 e os termos de declaração de fls. 17-19, documentos esses que não revelam a suposta relação jurídica entre ela e Leodir.

Adite-se também que o fato de que na nota fiscal consta, no campo relativo ao “destinatário/remetente”, o nome do apelante não é o bastante para que se afirme de maneira enfática que este é o responsável pelo pagamento da dívida, pois, enfatize-se, os cheques dados em pagamento não são de sua titularidade, além do que o referido documento fiscal não se encontra assinado por ele, circunstância que acaso verificada poderia revelar que a entrega dos materiais de construção o beneficiou e que a responsabilidade pelo adimplemento seria sua.

Acrescente-se, por necessário, que os depoimentos que foram colhidos por iniciativa da própria defesa (fls. 92-93), embora mereçam ser vistos com cautela, pois os depoentes Alduino e Valdecir possuíam alguma relação com o réu Leodir, favorecem as alegações de que este teria negociado com Alessandro, emissor das cártulas, e não com a empresa autora.

De mais a mais, o documento trazido à fl. 56, considerado pelos litigantes como um dos dois “vales” emitidos pela Ferragem Planeta Ltda., revela a princípio que o negócio foi empreendido entre esta e o emitente dos cheques, dando origem a um crédito representado pelo referido “vale”, cuja posse era do recorrente por força de uma avença que, segundo alega, teria feito com Alessandro.

Na verdade, o que se pode concluir de tudo o que já foi explanado é que o simples fato de que o nome do inconformado constava na nota fiscal, ou que foi ele quem recebeu as mercadorias, bem como a circuns-

tância de que ele estava junto na data da negociação com as pessoas de Alessandro e Mário, não o torna, por si só, responsável pelo pagamento do valor consignado na nota fiscal de fl. 13, documento que possui muitos campos de preenchimento necessário em branco.

Diga-se, por indispensável, que tal responsabilidade só poderia ser verificada acaso fosse comprovado que, embora os cheques tivessem sido emitidos por Alessandro, fora Leodir quem negociou diretamente com a demandante, o que não restou demonstrado nos autos, quando o ônus, repita-se, competia a ela.

Seja dito de passagem que a recorrida, empós o ajuizamento da ação, adotou uma postura passiva perante a lide, limitando-se à trazida de prova documental, já que não arrolou nenhuma testemunha para ser ouvida na audiência de instrução realizada em 21-11-06, diferentemente do irresignado, que trouxe elementos probatórios em seu favor (fls. 92-93).

De tudo o que se examinou é que se deduz que o direito não pode socorrer a demandante, que, em vez de executar/cobrar judicialmente os cheques emitidos por Alessandro dos Santos da Paz, preferiu ingressar de forma temerária com a presente monitória buscando constituir a nota fiscal em um título judicial com força executiva. Diz-se temerária porque simplesmente se alegou que o destinatário da nota fiscal era quem realmente entabulou o negócio jurídico originário da dívida, porém nenhuma prova concreta foi trazida nesse sentido.

De outro vértice, a circunstância de que o apelante não arrolou a pessoa de Leandro Antunes Ribeiro como testemunha não pode, por certo, vir em seu desfavor, diversamente do que entendeu o Julgador à fl. 113, mormente em se considerando que o Inquérito Policial destinado a apurar o crime de estelionato supostamente praticado por Mário, Alessandro e Leodir, como afirmado no boletim de ocorrência de fl. 16, foi

arquivado, como notícia informação colhida no Sistema de Automação do Judiciário – SAJ.

Acerca da instauração do procedimento investigatório, cuja iniciativa foi do representante legal da autora, há que abrir um parêntese para deixar registrado que o fato de que o inconformado não teceu considerações sobre as peças policiais encartadas nos autos igualmente não tem o condão de macular sua índole ou sua boa-fé, uma vez que tal posicionamento pode ter sido utilizado justamente como uma estratégia de sua própria defesa, não havendo falar que o silêncio depõe em seu desfavor.

Em realidade, o que se vislumbra é que o ilustre Sentenciante atribuiu ao apelante o encargo de comprovar de quem era a responsabilidade pelo pagamento do crédito consignado na nota fiscal de fl. 13, quando na verdade tal incumbência competia à demandante, conquanto, enfatize-se, o documento fiscal nem sequer encontrava-se assinado pelo réu.

Em caso análogo, já decidiu este Areópago Estadual:

MONITÓRIA. Nota fiscal/fatura. Embargos acolhidos. Extinção. Entrega de mercadorias não comprovada. Ausência de assinatura.

Notas fiscais/faturas, emitidas com obediência das formalidades legais incidentes, constituem-se, de regra, em documentos hábeis para autorizar a movimentação de processos injuntivos. No entanto, negada a existência de qualquer vínculo obrigacional pela acionada, incumbe ao pretense credor provar, pelo menos de modo perfunctório, a realidade do seu crédito. Não feita essa prova, ausentando-se dos autos a comprovação da entrega das mercadorias relacionadas à demandada, não prospera a lide monitoria instaurada (Apelação Cível n. 2004.025303-6, rel. Des. Trindade dos Santos, j. 30-9-04, grifo nosso).

E do corpo do v. acórdão se extrai:

Cumprе frisar aqui, que o ônus da prova, em sede de ação monitoria, não se distingue das regras previstas no art. 333 do CPC, qual seja, ao autor cabe provar o fato constitutivo do seu direito e ao réu os fatos modificativos, extintivos e impeditivos do direito do autor.

[...]

Ainda que a apelante tenha alegado a existência de uma efetiva relação comercial com a recorrida, não trouxe ela prova documental aos autos capaz de legitimar a nota fiscal-fatura de fl. 05 como documento hábil à propositura da demanda injuncional.

Esclareça-se que a nota fiscal-fatura por si só, sem conter a assinatura daquele que nela figura como devedor ou, sem que com ela seja colacionado o comprovante de entrega e recebimento das mercadorias que descreve, não se demonstra apta a embasar a ação monitoria.

A par dos argumentos aventados, outra solução não há senão dar provimento ao apelo a fim de acolher os embargos monitorios de fls. 39-52 e, por corolário, julgar improcedente o pedido monitorio.

Ato contínuo, inverte-se o ônus do pagamento das custas judiciais e dos honorários advocatícios, os quais devem ser fixados, diante das peculiaridades da demanda, em 10% (dez por cento) sobre o valor dado à causa, corrigido monetariamente a partir do ajuizamento (20-7-04), de acordo com o próprio entendimento do recorrente, em face da simplicidade da ação, da não-exigência de maiores esforços para a confecção das petições que aportaram nos autos e do local da prestação dos serviços, o que vem a atender, por certo, aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Relembre-se, por derradeiro, que a postulante, beneficiária e detentora dos cheques de fl. 14, poderá ingressar com demanda própria para a cobrança de seu crédito.

É o quanto basta.

DECISÃO

Ante o exposto, por unanimidade, dá-se provimento à irresignação para acolher os embargos monitorios opostos por Leodir Simionatto e, em consequência, julgar improcedente o pleito formulado na exordial, invertendo-se o ônus da sucumbência em desfavor da ora recorrida, a

qual arcará com o pagamento das custas e dos honorários advocatícios, fixados estes em 10% (dez por cento) sobre o valor dado à causa, aditado monetariamente desde o aforamento da ação (20-7-04).

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Exmos. Srs. Des. João Henrique Blasi e José Inácio Schaefer.

Florianópolis, 24 de junho de 2008.

Carstens Köhler
PRESIDENTE E RELATOR

Apelação Cível n. 2004.015222-1, de São Miguel do Oeste

Relator: Des. Subst. José Inácio Schaefer

PRESTAÇÃO DE CONTAS. SOCIEDADE LIMITADA. QUOTISTA MINORITÁRIO. SUCESSORA. PRETENSÃO CONTESTADA. DETERMINAÇÃO INCIDENTE DE FORNECIMENTO DOS BALANCETES MENSASIS DA SOCIEDADE HOSPITALAR ATENDIDA. CASUÍSTICA. RECURSO DA SOCIEDADE EM FACE DA CONDENAÇÃO NAS VERBAS DE SUCUMBÊNCIA. CAUSALIDADE.

O sócio minoritário possui direito a pleitear prestação de contas da sociedade da qual participa.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2004.015222-1, da comarca de São Miguel do Oeste (2ª Vara), em que é apelante Sociedade Hospitalar São Miguel do Oeste Ltda., e apelada Dolores Teresinha Guardini:

ACORDAM, em Quarta Câmara de Direito Comercial, por unanimidade, conhecer do recurso e negar-lhe provimento. Custas na forma da lei.

RELATÓRIO

Sociedade Hospitalar São Miguel do Oeste Ltda. recorreu da sentença proferida nos autos do processo de prestação de contas que lhe moveu Dolores Teresinha Guardini, inconformada com a conclusão. Sustentou que a apelada tinha o ônus de provar que a prestação de contas lhe havia sido prestada administrativamente e que tal questão preliminar foi afastada no julgamento questionado. Além disso, sustentou, ainda, que estava desobrigada de prestar contas novamente. Concluiu pedindo

o provimento do recurso com a extinção do processo sem julgamento do mérito (fls. 217-221).

Recebido o reclamo em seus efeitos legais (fl. 222), a recorrida ofereceu contra-razões, nas quais pediu a manutenção da sentença, destacando que não se insurgiu contra a verba honorária mínima arbitrada na sentença para evitar o tumulto processual que já se arrastava por três anos, tempo em que a recorrente deixara de prestar contas sem lhe dar satisfação (fls. 228-229).

VOTO

Cuida-se de apelo em que Sociedade Hospitalar São Miguel do Oeste Ltda. discute a solução dada na sentença, pretendendo a extinção da demanda porque não haveria interesse da apelada na via eleita, uma vez que anualmente as contas teriam sido prestadas a cada sócio. Ademais, entende que a recorrida não comprovou que não recebeu os balanços anuais e que era ônus dela a prova de não ter havido prestação de contas, pelo que não há obrigação de prestá-las novamente (fl. 218-219).

O inconformismo centra-se, pois, na falta de acolhimento da tese de que a recorrente não estaria obrigada à prestação de contas, uma vez que estas já teriam sido prestadas na via extrajudicial.

Como bem lembrado na sentença, a ação de prestar contas é de procedimento especial, regulamentada nos arts. 914 a 919 do Código Buzaid.

Possui caráter dúplici por estar cingida a duas fases: a) a primeira consiste na verificação do dever de uma parte prestar contas à outra; e b) a segunda, no julgamento das contas prestadas, aferindo-se crédito ou débito.

Conforme o escólio de Humberto Theodoro Júnior:

Pode-se, destarte, concluir que o procedimento especial da ação de prestação de contas tem, em regra, a força de tornar certa a expressão numérica de uma relação jurídica, com o fim de impor uma condenação à parte devedora pelo saldo apurado; e, às vezes, apenas a força de acertar o relacionamento jurídico econômico entre as partes (*Curso de direito processual civil*. Procedimentos especiais. 38. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. III, p. 93).

Ainda, o citado Jurista assinalou:

Entende, por isso, a jurisprudência citada que “a ação de prestação de contas, embora alicerçando-se, de modo geral, na administração de bens alheios, é própria, também, para a verificação de parcelas relacionadas em extratos encaminhados por um contratante ou outro, uma vez que, em substância, o que se colima é o exame de receitas e despesas relativas a um determinado negócio jurídico (op. cit., p. 95).

Não obstante a forma procedimental adotada, na qual a primeira fase foi abarcada com decisão interlocutória que determinou a exibição incidental de cópia dos balancetes de 1995 em diante (fl. 108 verso), o que foi atendido sem nenhuma insurgência (fls. 109-194), de sorte que se passou ao julgamento da segunda fase da prestação de contas após a oitiva da interessada na prestação de contas (fls. 197-201), tenho que o apelo da sociedade hospitalar se resume à pretensão da apelada que buscou a via judicial para lograr conhecer melhor a situação financeira e patrimonial em face de sua condição de sócia minoritária.

Expôs ela que detém 5,96% do capital social, na condição de sucessora de Álvaro Guardini, falecido em 8-3-1995 (fl. 2).

O pedido ficou bem claro quando asseverou que,

desde o falecimento de seu marido, a requerente procurou o representante legal, Dr. Airton José Macarini para que lhe dessem conhecimento da situação da Sociedade; que o referido não prestou nenhum esclarecimento, não dando qualquer satisfação de seus atos junto a Sociedade; que necessitando de dinheiro para sobrevivência própria e para auxílio de seus filhos, procurou novo entendimento

que resultou frustrado, até mesmo um emprego na sociedade que também lhe pertencia, foi negado (fl. 3).

Na contestação foi destacado que anualmente “a Sociedade Hospitalar presta contas aos seus sócios-quotistas, mediante a remessa do balanço realizado no último dia de cada ano” (fl. 101).

Na réplica a sócia reiterou que pretendia “saber da situação da empresa” (fl. 107), não satisfazendo os balanços anuais (fl. 108).

Inegável o interesse e a legitimidade da apelada para exigir contas da sociedade da qual faz parte, não obstante anualmente lhe tenha sido encaminhado o balanço geral. Esse direito tem sido reconhecido até para correntistas, embora as instituições financeiras disponibilizem extratos de contas-correntes periódicos, inclusive através de terminais de autoatendimento. Até mesmo os sócios ocultos têm o direito de pleitear prestação de contas ao sócio ostensivo, administrador da sociedade (RT 648/147).

Portanto, sem razão a apelante quanto ao cabimento da pretensão acolhida na sentença.

Em relação ao questionamento quanto ao exame da prova que não teria sido feito adequadamente, com a contestação a sociedade nada trouxe em termos de prestação de contas, centrando sua tese na inutilidade da via eleita e destacando que já prestara as contas com a remessa do balanço “encerrado no último dia de cada ano civil” (fls. 100-106).

Por todo o exposto, conheço do recurso e nego-lhe provimento.

DECISÃO

A Câmara, por unanimidade, conheceu do recurso e negou-lhe provimento, nos termos do voto do Relator.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Lédio Rosa de Andrade, com voto, e dele participou o Exmo. Des. Subst. Carstens Köhler.

Florianópolis, 17 de junho de 2008.

José Inácio Schaefer
RELATOR

Apelação Cível n. 2007.043784-4, da Capital

Relator: Des. Subst. José Inácio Schaefer

CONSÓRCIO. QUOTISTA. ADMINISTRADORA. LIQUIDAÇÃO EXTRAJUDICIAL. PRESTAÇÕES PAGAS. PEDIDO DE RESTITUIÇÃO. PRELIMINAR. INCOMPETÊNCIA. REJEIÇÃO. PERDAS E DANOS. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ARBITRAMENTO. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. INTUITO PROTELATÓRIO AUSENTE.

A suspensão do processo de conhecimento não se justifica quando decretada a liquidação extrajudicial da administradora de consórcio.

Cabimento da restituição das prestações pagas pelo consorciado em caso de cancelamento do grupo de consórcio.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2007.043784-4, da comarca da Capital (Unidade de Direito Bancário), em que é apelante e recorrida adesiva Florisa Administradora de Consórcios S/C Ltda., e apelada e recorrente adesiva Nivalda Gonçalves da Silva:

ACORDAM, em Quarta Câmara de Direito Comercial, por votação unânime, conhecer em parte do recurso da administradora e, rejeitada a preliminar, negar-lhe provimento; e conhecer do recurso adesivo e dar-lhe provimento. Custas na forma da lei.

RELATÓRIO

Florisa Administradora de Consórcios S/C Ltda. apelou da sentença que julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados na ação de rescisão de contrato de consórcio ajuizada por Nivalda Gonçalves da Silva. Argüiu preliminar de incompetência e, no mérito, argumentou que seria impossível a imediata devolução dos valores pagos pela consorciada.

Defendeu, ainda, a retenção da quantia paga a título de seguro de vida (fls. 65-70).

Nivalda Gonçalves da Silva recorreu adesivamente, alegando que a empresa apelante deveria ser condenada ao pagamento de perdas e danos em 10% sobre o valor do contrato rescindido. Asseverou, ainda, que a sucumbência seria recíproca e que a verba honorária deveria ser fixada em 20% sobre o valor da causa. Alternativamente, caso não reconhecidas as perdas e danos, os ônus sucumbenciais seriam integralmente devidos pela administradora (fls. 77-80). Em peça distinta apresentou contra-razões, nas quais pugnou pela cominação da pena de litigância de má-fé (fls. 74-76).

VOTO

Cuida-se de apelação que pretende a reforma da sentença que determinou a devolução dos valores pagos pela consorciada.

Quanto à preliminar de nulidade da sentença por falta de adequada prestação jurisdicional, sustentou a apelante que tal ocorria por falta de melhor exame de questão agitada na contestação, na qual havia pedido a suspensão “da exigibilidade das obrigações vencidas e a habilitação da apelada na Massa Falida da empresa Apelante, em uma das varas cíveis da comarca da Capital” (fl. 67).

A sentença, como reconhecido pela própria recorrente, mesmo que de forma sintética, enfrentou suficientemente a questão quando assentou que não procedia o pedido de suspensão, e, inclusive, transcreveu precedente desta Corte, segundo o qual a constituição de um crédito contra instituição em liquidação não afeta diretamente a referida massa (fl. 60).

Com efeito, a liquidação extrajudicial da administradora não suspende os feitos pendentes, ocorrência que apenas se dá após a formação do título executivo judicial. Nesse sentido diversos precedentes: STJ — REsp.

n. 92.805/MG, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira; REsp. n. 98.000/MG, rel. Min. Ari Pargendler; REsp. n. 67.272/RS, rel. Min. Nilson Naves; TJSC — Ap. Cív. n. 2006.028342-0, de Chapecó, rel. Des. Fernando Carioni; 2002.016020-8, de Itajaí, rel. Des. Trindade dos Santos; e 1998.009631-6, de Sombrio, rel. Des. Monteiro Rocha.

Isso posto, rejeito a preliminar agitada.

No mérito, Florisa Administradora de Consórcios S/C Ltda. alegou que seria impossível a imediata devolução dos valores pagos pela consorciada, pois esta deveria habilitar-se para receber seu crédito no concurso de credores.

Na sentença a questão não foi objeto de manifestação expressa. Deu-se apenas ciência do prazo previsto no art. 475-J do Código de Processo Civil para o pagamento sem a incidência da multa moratória (fls. 61-62). Portanto, é questão que fica reservada à fase de execução, uma vez que a sentença não determinou expressamente a imediata restituição.

Nesse mesmo sentido, também, o seguinte precedente, *verbis*:

DEVOLUÇÃO DE PARCELAS PAGAS EM PLANO DE CONSÓRCIO POR ADMINISTRADORA EM LIQUIDAÇÃO EXTRAJUDICIAL. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. CARÊNCIA DE AÇÃO AFASTADA.

É admissível o ajuizamento de ação com vistas à devolução de parcelas pagas em plano de consórcio, no curso de processo de liquidação extrajudicial da administradora, quando se trata de quantia ilíquida. É a sentença que dará o título e a possibilidade de habilitação do crédito junto ao quadro de credores. O art. 18, *a*, da Lei n. 6.024/74 deve ter interpretação harmoniosa com o art. 24, §§ 2º, II, e 3º, da Lei de Falências (TARGS, APC n. 196022222, Quinta Câmara Cível, rela. Regina Maria Bollick).

A empresa recorrente sustentou, também, que deveriam ser descontados os prêmios de seguro de vida pagos juntamente com as prestações,

uma vez que estes recursos teriam sido aplicados na prestação de serviço em favor dos consorciados.

No entanto, verifico, também, que esta matéria não foi objeto de debate no primeiro grau, razão por que não vem mencionada na sentença. Por isso, seu exame nesta fase não é possível, sob pena de supressão de Instância e ofensa ao devido processo legal.

No que tange às perdas e aos danos pleiteados no recurso adesivo, o pleito veio sustentado no argumento de que estes

nos casos de inexecução contratual de contrato de adesão são simples decorrência da lesão causada pelo fornecedor do produto ou do serviço ao consumidor, segundo a moderna jurisprudência pátria, uníssona no sentido de proteger os consumidores dos maus pagadores (fl. 78).

Outro argumento ofertado para sustentar referida verba diz respeito à “privação do automóvel” e à necessidade de “socorrer-se do Judiciário na busca da devolução das suas economias investidas no contrato” (fl. 79).

Como se observa, pretende a inconformada ver-se reparada da frustração sentida com o rompimento do ajuste.

A cláusula 78.3 do contrato firmado pelas partes previu:

Caso o CONSORCIADO DESISTENTE OU EXCLUÍDO tenha contribuído com 2 (duas) ou mais prestações, ainda a título penal, do montante a ser recebido, e além da pena do item anterior, serão deduzidas 10% (dez por cento) em benefício da ADMINISTRADORA, conforme previsto no item 76 (fl. 10).

Ora, como houve inadimplemento por parte da Administradora, viável se mostra, por força de disposição contratual, a interpretação da referida cláusula em benefício da parte aderente, com base no art. 47 da Lei n. 8.078/1990 (CDC).

Como a multa de mora decorrente do inadimplemento de obrigação não pode ser superior a 2%, conforme o art. 52, § 1º, do Código de Defesa do Consumidor, este percentual é devido pela administradora pelo seu inadimplemento contratual.

Dessa forma, acolho a pretensão e limite referido pedido, que veio nominado de “perdas e danos”, ao percentual de 2% sobre o valor das prestações a serem restituídas.

Insurgiu-se a recorrente adesiva, ainda, contra o ônus da sucumbência, afirmando que caberia a integral condenação da apelante. Aduziu, ainda, que a verba honorária deveria ser fixada em 20% sobre o valor da causa, porque esta seria de “certa complexidade mas de pequeno valor” (fl. 79).

A sentença considerou a sucumbência recíproca, repartindo proporcionalmente as custas e despesas, que foram fixadas em 50%, e a verba honorária arbitrada em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação. A causa foi valorada em R\$ 11.381,00 (fl. 3).

O pedido central da demanda foi o reconhecimento da rescisão do contrato de participação em grupo de consórcio com o direito da aderente à restituição das parcelas que pagou com os acréscimos legais e multa de 2% por inadimplemento. Nenhum dos pleitos de resistência da demandada apelante foi atendido, seja no que diz respeito à competência, seja quanto à suspensão da demanda.

Por conseguinte, acolho o pedido formulado no recurso adesivo, carregando por inteiro as custas e despesas processuais para a litigante que foi vencida em grande parte da demanda, com aplicação do art. 21, parágrafo único, do Código de Processo Civil. Quanto ao percentual fixado na sentença, tendo em conta o trabalho desenvolvido pelo patrono da vencedora da demanda, elevo-o para 15% (quinze por cento).

Nivalda Gonçalves da Silva postulou, ainda, a condenação da administradora de consórcio por litigância de má-fé, pois teria interposto o presente recurso com intuito meramente protelatório.

No entanto, a interposição de recurso de apelação, por si só, não configura a má-fé da apelante, até porque esta não se presume. Em vista disso, rejeito a referida litigância.

Por todo o exposto, voto no sentido de conhecer em parte do recurso da administradora de consórcio e desprovê-lo, rejeitada a preliminar de incompetência do juízo; conhecer e prover o recurso adesivo para determinar a restituição das parcelas adimplidas com os acréscimos reconhecidos na sentença, mais multa de 2%. Arcará a administradora com as custas e despesas do processo, e os honorários advocatícios são fixados em 15% sobre a condenação (art. 20, § 3º, c/c art. 21, parágrafo único, ambos do CPC).

DECISÃO

Ante o exposto, decide a Câmara, por unanimidade, conhecer em parte do recurso da administradora e, rejeitada a preliminar, negar-lhe provimento; e conhecer do recurso adesivo e dar-lhe provimento nos termos da fundamentação.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Lédio Rosa de Andrade, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Subst. Carstens Köhler.

Florianópolis, 6 de maio de 2008.

José Inácio Schaefer
RELATOR

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

AGRAVO DE INSTRUMENTO

Agravo de Instrumento n. 2007.047727-1, de São José

Relator: Des. Sérgio Roberto Baasch Luz

PROCESSO CIVIL — IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – DESPACHO SANEADOR – COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL E LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL – INÉPCIA DA INICIAL – PEDIDO GENÉRICO – CABIMENTO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA PARA APURAR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA — TEMAS OBJETOS DE DECISÃO ANTERIOR — PRELIMINARES AFASTADAS.

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – HABILITAÇÃO DE SUPOSTA VÍTIMA COMO ASSISTENTE DO MINISTÉRIO PÚBLICO – IMPOSSIBILIDADE – ADMISSÃO SOMENTE DAQUELES LEGITIMADOS AO INGRESSO DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA – LEI N. 7.347/85, ART. 5º, § 2º — AÇÃO DE IMPROBIDADE TUTELA INTERESSE PÚBLICO PRIMÁRIO E NÃO INTERESSE TRANSINDIVIDUAL OU INDIVIDUAL – RECURSO PROVIDO PARA CASSAR A DECISÃO QUE ADMITIU A ASSISTÊNCIA.

“Consoante precedentes do Superior Tribunal de Justiça, a competência para julgamento é logicamente antecedente à legitimidade eis que, fixada a competência, cumpre ao juiz apreciar a legitimação ativa do Ministério Público Federal para promover a

demanda, consideradas as suas características, as suas finalidades e os bens jurídicos envolvidos.

“No caso, não se tratando de competência da Justiça Federal eis que a União não faz parte do processo e não havendo outra causa que desloque a competência, o feito permanece na Justiça Estadual com o Ministério Público Estadual no pólo ativo da demanda.

“Não há violação dos limites da ação civil pública eis que a jurisprudência a admite para veicular demandas fundadas na Lei n. 8.429/92. Além do que, os pedidos contidos referem-se somente a improbidade administrativa e o rito adotado obedeceu o estabelecido no art. 17 da Lei n. 8.429/92, inclusive com a notificação para defesa preliminar prevista no seu § 7º.

[...]

“Não há que se falar em pedido genérico e inépcia da inicial, eis que é expresso pela condenação nas sanções do art. 12, inciso III, da Lei n. 8.429/92, inexistindo violação ao artigo 282, IV, do CPC.[...]” (AI n. 2006.040214-7, de São José, rel. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz).

Como a ação de improbidade administrativa envolve interesse público primário e não transindividual ou individual, a habilitação como litisconsorte somente é assegurada aos legitimados ao ingresso da ação civil pública (Lei n. 7.347/85, art. 5º, § 2º), não se mostrando legítima a intervenção assistencial da suposta vítima do ato impugnado, porque seu interesse não coincide com o objetivo e as sanções da Lei n. 8.429/92.

Com efeito, o interesse do Estado em tutelar a moralidade administrativa e aplicar as sanções previstas na ação de improbidade administrativa (perda dos bens ou valores, ressarcimento

integral do dano, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos e multa civil) não coincide com o interesse individual de eventual vítima do ato ímprobo, que se resume em possível ressarcimento de dano. Ademais, o dano causado ao Estado não é o mesmo que o sofrido pelo particular.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 2007.047727-1, da comarca de São José (Vara da Fazenda Pública), em que é agravante Djalma Vando Berger, e agravados Rogério Sant'Ana e outro:

ACORDAM, em Primeira Câmara de Direito Público, por votação unânime, dar provimento ao recurso. Custas na forma da lei.

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de agravo de instrumento interposto por Djalma Vando Berger da decisão proferida no Juízo da Vara da Fazenda da comarca de São José que, na ação de improbidade administrativa que o Ministério Público Estadual de Santa Catarina move contra o agravante e Dário Elias Berger, Edson Souza e Marco Aurélio Pereira Fontella, deferiu o pedido de Rogério Sant'Ana para figurar no processo como assistente do autor e, ainda, afastou a preliminar de inépcia da inicial e reconheceu a legitimidade ativa do Ministério Público Estadual e a competência da Justiça Estadual (fls. 1.718-1.721).

O agravante sustenta, em síntese, a impossibilidade da figura da assistência em ação civil pública que visa apurar atos de improbidade administrativa, uma vez que o art. 5º, § 2º, da Lei n. 7.347/85 legitima apenas determinadas entidades a figurar como assistentes litisconsorciais. Neste ponto, argumenta ainda que, antes da decisão, não se procedeu à intimação das partes para impugnações, como previsto no art. 51 do CPC.

Impugna, também, a decisão no ponto que reconheceu a competência da Justiça Estadual para processamento e julgamento do feito e, por consequência, a legitimidade ativa do Ministério Público Estadual. Defende que a ação civil pública busca reparação de lesão a interesse da União, já que o ato acoimado de ímprobo provocou acionamento indevido da Justiça Eleitoral e da Polícia Federal.

Defende que o pedido, por ser genérico, desobedece ao art. 282, IV, do CPC, evidenciando a inépcia da inicial, pois não especifica qual ou quais as sanções do inciso III do art. 12 da Lei n. 8.429/92.

Por fim, argumenta que a ação civil pública, apesar de ser cabível para apuração de atos de improbidade administrativa, não se presta para aplicação de qualquer outra penalidade além da condenação em dinheiro ou cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer (Lei n. 7.347/85, art. 3º).

Negado o efeito suspensivo (fls. 1.741-1.745), rejeitados os embargos de declaração formulados às fls. 1.750-1.752 (fls. 1.754-1.755) e indeferido o pedido de reconsideração de fls. 1.758-1.761 (fls. 1.765-1.767).

O Ministério Público de Santa Catarina ofertou contra-razões às fls. 1.722-1.781, enquanto o agravado Rogério Sant'Ana deixou fluir o prazo *in albis* (fl.1.802).

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer do Exmo. Sr. Dr. Procurador de Justiça Paulo Cezar Ramos de Oliveira, manifestou-se pelo provimento parcial do recurso, tão-somente para considerar ilegítimo o pedido de assistência de Rogério Sant'Ana (fls. 1.785-1.795).

VOTO

O presente recurso restringe-se à análise da decisão judicial que reconheceu a competência da Justiça Estadual para processamento do feito e a legitimidade do Ministério Público Estadual, que admitiu assistente

no pólo ativo da demanda e, por fim, afastou a preliminar de inépcia da inicial.

Competência da Justiça Estadual e legitimidade do Ministério Público Estadual

A competência e a legitimidade já foram examinadas por esta Câmara no julgamento do Agravo de Instrumento n. 2006.040214-7, realizado em 28-6-2007. Nessa oportunidade, analisou-se a decisão que recebeu a ação de improbidade e, além de outras matérias, decidiu-se pela competência da Justiça Estadual e pela legitimidade do Ministério Público Estadual, conforme se extrai da ementa:

AGRAVO DE INSTRUMENTO – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – LEI N. 8.429/92 – RECEBIMENTO DA INICIAL – [...]

LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL

Consoante precedentes do Superior Tribunal de Justiça, a competência para julgamento é logicamente antecedente à legitimidade eis que, fixada a competência, cumpre ao juiz apreciar a legitimação ativa do Ministério Público Federal para promover a demanda, consideradas as suas características, as suas finalidades e os bens jurídicos envolvidos.

No caso, não se tratando de competência da Justiça Federal eis que a União não faz parte do processo e não havendo outra causa que desloque a competência, o feito permanece na Justiça Estadual com o Ministério Público Estadual no pólo ativo da demanda.

[...]

IMPROVIMENTO.

Do corpo do acórdão, extrai-se:

Defende o agravante que a legitimidade para a propositura da ação seria do Ministério Público Federal, pois a ofensa indicada circundou a seara da Justiça Eleitoral e da Polícia Federal.

Não procede tais assertivas eis que, consoante precedentes do Superior Tribunal de Justiça, a competência para julgamento é logicamente antecedente à legitimidade eis que, fixada a competência, cumpre ao juiz apreciar a legitimação ativa do Ministério Público Federal para promover a demanda, consideradas as suas características, as suas finalidades e os bens jurídicos envolvidos.

No caso, não se tratando de competência da Justiça Federal eis que a União não faz parte do processo e não havendo outra causa que desloque a competência, o feito permanece na Justiça Estadual com o Ministério Público Estadual no pólo ativo da demanda.

Vejamos:

“RECLAMAÇÃO. USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO DE IMPROBIDADE DIRIGIDA CONTRA EX-GOVERNADOR E OUTROS. COMPETÊNCIA DO E. STJ. PRECEDENTES DA CORTE ESPECIAL.

“1. Constitui usurpação da competência absoluta do STJ julgar ex-governador por ilícito com fulcro na Lei de Improbidade Administrativa, nas instâncias ordinárias locais.

“2. Precedentes da Corte no sentido de que, enquanto não declarada a inconstitucionalidade do art. 84 do CPP, mantém-se a competência por prerrogativa de função, tratando-se de atos administrativos, na forma da legislação em vigor, ainda que cessadas as funções que ensejaram a persecução *sub examine*. (AgRg na PET n. 2.593/GO, Corte Especial, rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, DJ de 11-4-2005; AgRg na PET n. 2.589/SC, Corte Especial, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ de 14-6-2004; HC n. 35.853, Quinta Turma, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJ de 6-12-2004), prosseguindo-se o feito sem a suspensão do processo.

“3. Consectariamente, a ação de improbidade proposta em data em que vigia a Lei n. 10.826/2003, que alterou o art. 84, do CPP, deveria ter sido manejada pelo MPF, razão pela qual, manifesta a ilegitimidade *ad causam* do Ministério Público Estadual que calçou a sua titularidade na premissa da inconstitucionalidade da lei, afastada pela Corte Especial.

“4. Sob essa ótica é cediço no E. STJ que: ‘PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TUTELA DE DIREITOS TRANSIN-

DIVIDUAIS. MEIO AMBIENTE. COMPETÊNCIA. REPARTIÇÃO DE ATRIBUIÇÕES ENTRE O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL E ESTADUAL. DISTINÇÃO ENTRE COMPETÊNCIA E LEGITIMAÇÃO ATIVA. CRITÉRIOS.

‘1. A ação civil pública, como as demais, submete-se, quanto à competência, à regra estabelecida no art. 109, I, da Constituição, segundo a qual cabe aos juízes federais processar e julgar ‘as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidente de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e a Justiça do Trabalho’. Assim, figurando como autor da ação o Ministério Público Federal, que é órgão da União, a competência para a causa é da Justiça Federal.

‘3. Não se confunde competência com legitimidade das partes. A questão competencial é logicamente antecedente e, eventualmente, prejudicial à da legitimidade. Fixada a competência, cumpre ao juiz apreciar a legitimação ativa do Ministério Público Federal para promover a demanda, consideradas as suas características, as suas finalidades e os bens jurídicos envolvidos.

‘4. À luz do sistema e dos princípios constitucionais, nomeadamente o princípio federativo, é atribuição do Ministério Público da União promover as ações civis públicas de interesse federal e ao Ministério Público Estadual as demais. Considera-se que há interesse federal nas ações civis públicas que (a) envolvam matéria de competência da Justiça Especializada da União (Justiça do Trabalho e Eleitoral); (b) devam ser legitimamente promovidas perante os órgãos judiciários da União (Tribunais Superiores) e da Justiça Federal (Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais); (c) sejam da competência federal em razão da matéria — as fundadas em tratado ou contrato da União com Estado estrangeiro ou organismo internacional (CF, art. 109, III) e as que envolvam disputa sobre direitos indígenas (CF, art. 109, XI); (d) sejam da competência federal em razão da pessoa — as que devam ser propostas contra a União, suas entidades autárquicas e empresas públicas federais, ou em que uma dessas entidades figure entre os substituídos processuais no pólo ativo (CF, art. 109, I); e (e) as demais causas que envolvam interesses federais em razão da natureza dos bens e dos valores jurídicos que se visa tutelar [...]’ (REsp. n. 440.002/SE).

“5. Destarte, nulo é o processo que veicula ação de improbidade contra ex-Governador sem obediência ao devido processo legal, *in casu*, pela desobediência de notificação prévia a que se refere o art. 17, § 7, da Lei n. 8.429/92, denotando ausência de condição de procedibilidade, também considerada como pressuposto de constituição e desenvolvimento válido do processo (art. 267, IV, do CPC), resultando em sentença terminativa do feito.

“6. À luz do art. 84 do CPP, a competência da Corte tem sido afirmada, porquanto hígida no ordenamento a regra supra transcrita, ressoando inútil o incidente de inconstitucionalidade rejeitado em inúmeras ocasiões pela Corte, porquanto o E. STF guardião da Carta Magna, iniciou o julgamento da referida questão.

“7. Observada a higidez do art. 84 do CPP e, *a fortiori*, reconhecida a ilegalidade do Ministério Público Estadual, firmou a Corte Especial o entendimento de que se impõe a remessa dos autos ao MPF, sem extinção do feito.

“8. Ressalva do Relator no sentido de que: a) a ilegitimidade da parte autora e a ausência da condição de procedibilidade consistente na notificação prévia conduzem à extinção do processo sem análise do mérito.

“b) à luz do disposto nos arts. 77, 78 e 79, do CPP, havendo conexão ou continência entre infrações envolvendo competência de foro por prerrogativa de função, impõe-se o julgamento *simultaneus processus*, prevalecendo, *in casu*, a *vis attractiva*, para o julgamento dos fatos imputados aos demais réus que não detém a prerrogativa em tela.

“Assim, a eficácia da presente decisão terminativa alcançaria todos os réus, inclusive os que tiveram a competência originária de seus feitos deslocada para esta Corte, por força da norma inserta no art. 84, do CPP, com a redação dada pela Lei n. 10.628/02, que determinou a extensão do foro privilegiado às ações de improbidade administrativa.

“c) a extinção sem análise do mérito que, por seu turno, impor-se-ia a repositura da demanda na forma do art. 268, do CPC, vedando-se ao juízo agir *ex officio* à luz do princípio da inércia judicial previsto no art. 2º, do CPC, que assim dispõe: ‘Nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e formas legais’.

“11. Remessa dos autos à Procuradoria-Geral da República” (Pet n. 2.639/RJ, Rel. Ministro Luiz Fux, Corte Especial, j. em 18-5-2005)

‘AÇÃO CIVIL PÚBLICA. USO DE SÍMBOLOS PESSOAIS POR PREFEITO EM PUBLICIDADE DE OBRAS E SERVIÇOS REALIZADOS NO EXERCÍCIO DO MANDATO.

‘1. Tratando-se de ação civil pública que tem por objeto ato praticado no decorrer do mandato eletivo (utilização de símbolos pessoais na publicidade de serviços e obras realizados), manifesta a incompetência da Justiça Eleitoral para apreciar a lide.

‘2. A competência da Justiça Eleitoral restringe-se unicamente à solução das controvérsias relativas ao processo eleitoral, cessando, com a exceção do disposto nos §§ 10 e 11 do art. 14 da CF/88, com a diplomação definitiva dos candidatos eleitos. Precedentes da Primeira Seção, no sentido de que: ‘As atividades reservadas à Justiça Eleitoral aprisionam-se ao processo eleitoral, principiando com a inscrição dos eleitores, seguindo-se o registro dos candidatos, eleição, apuração e diplomação, ato que esgota a competência especializada (art. 14, parágrafo 10, CF)’ (CC 10.903/RJ, rel. Min. Milton Luiz Pereira, DJ 12-12-1994).

‘3. Conflito conhecido para declarar competente o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, o suscitado’ (CC n. 36.533/MG, rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, j. em 24-3-2004)”.

Considerando-se a inexistência de fato que possa modificar a competência, rejeita-se o recurso neste ponto e, para tanto, adota-se como razões de decidir o julgado acima transcrito.

Inépcia da inicial e cabimento da ação civil pública para apuração de atos de improbidade

O agravante argumenta que o pedido, por ser genérico, desobedece ao art. 282, IV, do CPC, evidenciando a inépcia da inicial, pois não especifica qual ou quais as sanções do inciso III do art. 12 da Lei n. 8.429/92. Além disso, argumenta que a ação civil pública, apesar de ser cabível para apuração de atos de improbidade administrativa, não se presta para aplicação

de qualquer outra penalidade além da condenação em dinheiro ou cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer (Lei n. 7.347/85, art. 3º).

Tais temas também já foram analisados por esta Câmara no julgamento do Agravo de Instrumento n. 2006.040214-7, realizado em 28-6-2007:

AGRAVO DE INSTRUMENTO – [...]

CABIMENTO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA PARA DEMANDAS RELACIONADAS COM IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – POSSIBILIDADE – PEDIDOS E RITO RESTRITOS À LEI N. 8.429/92

Não há violação dos limites da ação civil pública eis que a jurisprudência a admite para veicular demandas fundadas na Lei n. 8.429/92. Além do que, os pedidos contidos referem-se somente a improbidade administrativa e o rito adotado obedeceu o estabelecido no art. 17 da Lei n. 8.429/92, inclusive com a notificação para defesa preliminar prevista no seu § 7º.

[...]

INÉPCIA DA INICIAL – PEDIDO GENÉRICO – CPC, ART. 282, IV – NÃO ACOLHIMENTO

Não há que se falar em pedido genérico e inépcia da inicial, eis que é expreso pela condenação nas sanções do art. 12, inciso III, da Lei n. 8.429/92, inexistindo violação ao artigo 282, IV, do CPC.

[...]

IMPROVIMENTO.

Do corpo do acórdão, extrai-se:

2. Cabimento a ação civil pública para pedidos de condenação por improbidade administrativa

O agravante sustenta que a ação civil pública, apesar de ser cabível para apuração de atos de improbidade administrativa, não se presta para aplicação de qualquer outra penalidade, além da condenação em dinheiro ou cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer (Lei n. 7.347/85, art. 3º).

Aponte-se que a pretensão originária da lide é derivada de interesses coletivos, sendo a ação civil pública o instrumento constitucional adequado para a preservação dos interesses da coletividade. Neste diapasão, acaso evidenciado indícios de lesão ao patrimônio público em decorrência do ato de improbidade administrativa praticado por servidor público, inegável a legitimação do Ministério Público para apurá-la e, neste sentido ingressar com ação civil pública por ato de improbidade administrativa.

Doutra banda, não há que se falar em incompatibilidade dos procedimentos previstos nas Lei n. 7.347/85 (Ação Civil Pública) e na Lei n. 8.429/92 (Improbidade Administrativa), pois os atos de improbidade administrativa podem ser investigados por meio de ação civil pública, ainda que suas leis instituidoras tenham previstos ritos processuais diversos, desde que, para isso, seja imprimido ao feito o rito mais complexo (ordinário). Essa é a exegese do art. 292, § 2º, do CPC, e que tem aplicação ao caso.

Neste sentido, elucidativo os comentários do professor Paulo Mascarenhas:

“Determina este art. 17, e em consonância com o art. 806 do Código de Processo Civil, que a ação principal (ação civil de reparação de danos, ação declaratória de nulidade de ato administrativo, ação civil pública, etc.) deverá obedecer o rito ordinário [...]” (*Improbidade administrativa e crime de responsabilidade de prefeito*. Leme: Editora de Direito, 1999, p. 54).

Isto se deve ao fato de que a ação civil pública segue procedimento específico apenas em seu nascedouro; todavia, no restante de seu curso, a contar da contestação, adota o rito ordinário, aplicando-se as regras do Código de Processo Civil, consoante dispõe o art. 19 da Lei n. 7.347/85.

Novamente nos socorre a jurisprudência deste Sodalício:

“AÇÃO CIVIL PÚBLICA – ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – RITO PROCEDIMENTAL – CERCEAMENTO DE DEFESA INOCORRENTE – [...]”.

“1. A única diferença significativa no rito procedimental das Leis 7.347/85 e 8.429/92 é a existência, na última, da fase da defesa preliminar (art. 17, §7), cuja supressão, entretanto, não leva à nu-

lidade do processo se não acarretou prejuízo ao réu e, sobretudo, quando somente vem a ser argüida na fase recursal. [...]” (Apelação Cível n. 2005.000096-4, de Xanxerê, rel. Des. Substituto Newton Janke, j. em 7-12-06).

O Superior Tribunal de Justiça confirma a adequação procedimental:

“É a ação civil pública via adequada para pleitear o ressarcimento de danos ao erário municipal, e tem o Ministério Público legitimidade para propô-la. Recurso provido” (REsp. n. 213.714/MG, rel. Min. Garcia Vieira).

E na mesma vertente: AGA n. 344.207/SP, Min. Humberto Gomes de Barros, julgado em 3-6-03; REsp. n. 408.219/SP, Min. Luiz Fux, julgado em 24-9-02; ROMS n. 8.332/SP, Min. Gilson Dipp, julgado em 2-5-02; REsp. n. 199.478/MG, DJU 8-5-00, Min. Humberto Gomes de Barros; REsp. n. 226.863/GO, DJU 4-9-00, Min. Humberto Gomes de Barros; REsp. n. 19.632/SP, Min. Garcia Vieira.

Além do que, os pedidos contidos referem-se somente a improbidade administrativa e o rito adotado obedeceu o estabelecido no art. 17 da Lei n. 8.429/92, inclusive com a notificação para defesa preliminar prevista no seu §7º.

Com efeito, em análise a petição inicial, os requerimentos constam expressamente: “a) seja ordenada, nos termos do art. 17, § 7º, da Lei n. 8.429/92, a notificação dos requeridos para, querendo, oferecerem manifestação por escrito; [...] f) procedência total da ação, com a condenação dos réus nas sanções civis relacionadas no art. 12, inciso III pela prática das infrações descritas nos artigos 3º, 4º e 11, inciso I, todos da Lei n. 8.429/92; [...]” (fls. 18-19 da ação civil pública).

[...]

5. Inépcia da inicial

Por fim, sustenta que o pedido, por ser genérico, desobedece o art. 282, IV, do CPC, evidenciando a inépcia da inicial, eis que não especifica claramente qual ou quais as sanções do inciso III, art. 12, da Lei n. 8.429/92.

O argumento não procede eis que o pedido foi expresso para condenação dos réus nas sanções civis do art. 12, inciso III, da Lei n. 8.429/92, cabendo ao magistrado, em caso de procedência, determinar quais as sanções aplicáveis.

Segundo o Superior Tribunal de Justiça “admite-se o pedido genérico, segundo os termos do art. 286, II, do CPC, quando se sabe o *an debeat* (o que é devido), mas não o *quantum debeat* (o quanto é devido) (Moacyr Amaral Santos). Doutra parte, não se rejeita o requerimento genérico se, mesmo deficientemente formulado, permitir a correta compreensão de seu alcance e a ampla defesa da parte adversa” (AASP 1.774/495 in Theotônio Negrão. Código de Processo Civil e Legislação em vigor. p. 398).

Além do que, como já decidido neste Tribunal, “Demonstrado o ato de improbidade que acarretou o enriquecimento ilícito, impõem-se a aplicação das sanções inculpidas no art. 12, inc. I, da Lei n. 8.429/92, visto que, por ser questão de ordem pública, prescindem do expresso requerimento do autor, inocorrendo, portanto, a nulidade da sentença por ser *extra petita*” (Ap. Cív. n. 2003.003891-4, rel. Des. Luiz César Medeiros, j. 6-4-2004).

Dessa forma, não há que se falar em pedido genérico e inépcia da inicial, eis que é expresso pela condenação nas sanções do art. 12, inciso III, da Lei n. 8.429/92, inexistindo violação ao artigo 282, IV, do CPC.

Por esses fundamentos, afastam-se as alegações recursais quanto a este tópico.

Assistência em ação que apura improbidade administrativa

Noutro ponto do recurso, o agravante impugna a admissão de Rogério Sant’Ana para figurar no processo como assistente do autor. Sustenta, em síntese, a impossibilidade da figura da assistência em ação civil pública que visa apurar atos de improbidade administrativa, já que o art. 5º, § 2º, da Lei n. 7.347/85 legitima apenas determinadas entidades a figurar como assistentes litisconsorciais. Neste ponto, argumenta ainda que, antes da

decisão, não se procedeu à intimação das partes para impugnações, como previsto no art. 51 do CPC.

A jurisprudência pátria reconhece legítima a aplicação da Lei da Ação Civil Pública para a apuração de atos de improbidade administrativa, evidentemente observando-se as peculiaridades nela ressalvadas, e, por consequência, a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil.

O Superior Tribunal de Justiça já declarou que “A ação civil pública, regulada pela Lei n. 7.347/85, pode ser cumulada com pedido de reparação de danos por improbidade, com fulcro na Lei n. 8.429/92” (REsp. n. 434.661/MS, 2ª Turma, rela. Mina. Eliana Calmon).

A partir daí, a própria Lei n. 7.347/85, no seu art. 19, é expressa no sentido de que à ação civil pública aplica-se o Código de Processo Civil, naquilo que não contrariar suas disposições.

Colhe-se, ainda, da doutrina:

O procedimento adotado pela regra desta norma é o ordinário, que é estabelecido pelo Título VIII do Código de Processo Civil, que vem ser o mais completo e o mais apto à perfeita realização do processo de conhecimento, pela amplitude com que pertine às partes e ao juiz pesquisar a verdade real na busca da justa composição da lide (BEZERRA FILHO, Aluizio. *Lei de improbidade administrativa aplicada e comentada*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2007. p.153).

A Lei n. 7.347, de 2-7-85 que estatui a ação civil pública não proíbe a figura do assistente em inteligência ao art. 19 da referida lei, que “aplica-se à ação pública, prevista nesta lei, o Código de Processo Civil, aprovado pela Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973”. Entendemos que tanto a figura do assistente processual penal como do processo civil são, à luz da hermenêutica sistemática, tanto um como outro (FERRACINI, Luiz Alberto. *Improbidade administrativa: teoria, legislação, jurisprudência e prática*. 3. ed. Campinas: Agá Juris Editora, 2001. p. 106).

Não se desconhece a doutrina de *Hely Lopes Meirelles* que afasta a aplicação da Lei da Ação Civil Pública nas hipóteses de ação de improbidade

administrativa, apesar de reconhecer as remissões que a Lei de Improbidade Administrativa faz ao Código de Processo Civil (*Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, Habeas Data, Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação Declaratória de Constitucionalidade e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 202-203).

Entretanto, *Waldo Fazzio Júnior* observa que

[...] o impacto causado à primeira leitura desse entendimento, em virtude da autoridade de seus defensores e da coerência dos respectivos argumentos, esmaece quando se examina a questão, à luz do direito positivo brasileiro. A Constituição Federal e a legislação ordinária exibem normas absolutamente discrepantes dessa respeitável construção jurídica.

Não bastasse a contraposição frontal do direito objetivo, mencionado posicionamento não logra sensibilizar a jurisprudência pacífica de todas as Cortes de Justiça brasileiras (*Atos de improbidade administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 294-295).

Nesse contexto, mostra-se legítima a aplicação da Lei de Improbidade Administrativa, por meio de regras tanto da Lei da Ação Civil Pública quanto do Código de Processo Civil.

Colhe-se da jurisprudência:

ACÇÃO CIVIL PÚBLICA — EXTINÇÃO DO FEITO SEM JULGAMENTO DE MÉRITO — CUMULAÇÃO DE PEDIDOS DEFENSÁVEIS EM AÇÕES DIVERSAS — ADOÇÃO DO PROCEDIMENTO ORDINÁRIO — POSSIBILIDADE — APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

O art. 292, do *Codex Instrumentalis*, cuida da possibilidade de cumulação de pedidos. Da leitura do seu § 2º, pode-se concluir que, ao se adotar o procedimento ordinário, diversas pretensões podem ser cumuladas, ainda que defensáveis mediante ritos distintos. É que inexiste, aí, prejuízo à defesa. Pelo contrário, esta terá oportunidade

ampla de resistência. Gize-se que a ação civil pública, *ab initio*, segue procedimento específico. Porém, no restante de seu curso, a contar da contestação, segue o ordinário, aplicando-se as regras do Código de Processo Civil, *ex vi* do art. 19, da Lei n. 7.347/85. Logo, é possível a cumulação dos pedidos feitos pelo representante do *Parquet* na inicial da presente ação civil pública (Ap. Cív. n. 2002.002348-5, de Urubici, rel. Des. Volnei Carlin, j. em 18-12-2003).

AÇÃO CIVIL PÚBLICA – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – INOCORRÊNCIA – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DAS LEIS DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA E AÇÃO POPULAR À LEI DE IMPROBIDADE FISCAL.

Por extensão da norma processual especial prevista na Lei da Ação Civil Pública e Lei da Ação Popular aos feitos em que se busque a responsabilização pelo cometimento de ato de improbidade administrativa, a fixação de honorários advocatícios somente tem cabimento se constatada de forma inequívoca a existência de interesse reprovável da parte autora (Ap. Cív. n. 2006.005414-2, da Capital, rel. Des. Luiz César Medeiros, j. em 24-4-2007).

Diante da legislação, cabe verificar se a ação de improbidade administrativa admite ou não que o autor da ação seja assistido por terceiros.

A Lei n. 8.429/92 (art. 17, § 3º) determina que, “no caso de a ação principal ter sido proposta pelo Ministério Público, aplica-se, no que couber, o disposto no § 3º do art. 6º da Lei n. 4.717, de 29 de junho de 1965”, o qual dispõe, *in verbis*, que “a pessoa jurídica de direito público ou de direito privado, cujo ato seja objeto de impugnação, poderá abster-se de contestar o pedido, ou poderá atuar ao lado do autor, desde que isso se afigure útil ao interesse público, a juízo do respectivo representante legal”.

De outro vértice, a Lei n. 7.347/85 (LACP), no seu art. 5º, § 2º, assim regulamenta: “Fica facultado ao Poder Público e a outras associações legitimadas nos termos deste artigo habilitar-se como litisconsortes de qualquer das partes”.

Sobre o tema, é indispensável trazer à baila a doutrina de *Rodolfo de Camargo Mancuso*:

Assistência: Apesar de o art. 5º, § 2º, não se referir expressamente a essa figura, estamos em que no âmbito da ação civil pública ela comporta, em princípio, as modalidades “simples/adesiva” ou, ainda, “litisconsorcial/qualificada”. Como diz Sérgio Ferraz, o assistente simples/adesivo tem “os mesmos poderes e ônus que a parte assistida. Contudo, como assistente, e por essa razão, tem sua ação adstrita à vontade do assistido” (*Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 219-220).

Mais adiante, o autor é expresso:

Dado que a pessoa física (cidadão eleitor) *já tem* legitimação ativa para a ação popular, que também é idônea em matéria de interesses metaindividuais (cf. expressa menção no *caput* do art. 1º da Lei n. 7.347/85, cremos que na área da ação civil pública apenas se lhe abrirá espaço na legitimação ativa consorciada, quando o interesse objetivado for individual homogêneo, porque nesse caso o tal interesse, em certo modo... *é também seu* (aliás, nem por outro motivo, quando é daquele tipo o interesse veiculado na ação, é publicado edital “a fim de que os interessados possam intervir no processo como litisconsortes”: CDC, art. 94, *c/c* art. 117). *Aliter*, porém, se for difuso ou coletivo em sentido estrito o interesse veiculado (CDC, art. 81, parágrafo único, I e II), porque aí a pertinência da ação coletiva será reportada, no primeiro caso, à coletividade como um todo, e, no segundo, a grupo, categoria ou classe (op. cit. p. 232-233).

Hugo Nigro Mazzilli, sobre o tema, explica:

Se o objeto das ações civis públicas ou coletivas consistir na defesa de interesses coletivos ou individuais homogêneos, e, em certos casos, até quanto esse objeto consista na tutela de interesses difusos, não haverá como negar a possibilidade de intervenção do lesado no processo coletivo. Afinal, poderia ele ter ação individual em andamento para resolver a sua parte na lesão ou na ameaça a lesão, quando sobreviesse o ajuizamento de ação coletiva a englobar todo o dano efetivo ou potencial. Para tanto, a lei admite sua interven-

ção no processo coletivo. Mas, se o objeto da ação civil pública ou coletiva consistir na defesa de interesses difusos, não se admitirá a intervenção do indivíduo na ação coletiva salvo: a) se ele pudesse fazer idêntico pedido em ação própria, com quando caiba simultânea propositura de ação popular (caso em que poderia ser admitido o litisconsórcio ou a assistência do *cidadão*); b) se o mesmo dano for a causa de pedir tanto na ação coletiva como na individual (*A defesa dos interesses difusos em juízo*: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 309-310).

Como visto, o § 2º do art. 5º da Lei n. 7.347/85 assegura que os legitimados à propositura da ação civil pública habilitem-se como litisconsortes e não veda outras possibilidades, dentre elas a assistência, até porque se aplica subsidiariamente o Código de Processo Civil.

Entretanto, fora dessa hipótese expressamente prevista, a intervenção somente será admissível se o interesse tutelado na ação civil pública tiver pertinência com aquele do terceiro. Nesse contexto, mostra-se possível a intervenção de terceiros quando a ação coletiva envolva interesse individual homogêneo, coletivo e, no caso de proteger interesse difuso, quando o terceiro interessado puder fazer idêntico pedido em ação individual ou se o dano for também a causa de pedir na ação individual. Vale dizer, deve haver estreita relação entre o interesse buscado na ação coletiva com aquele buscado pelo terceiro que pretende habilitar-se.

Dentre as categorias de interesses tutelados, além dos individuais privados, encontram-se os transindividuais (individuais homogêneos, coletivos e difusos), e os interesses públicos, que se subdividem em primários e secundários.

Sobre esses últimos, *Hugo Nigro Mazzilli* registra:

Ao tomar decisões na suposta defesa do interesse público, nem sempre os governantes fazem o melhor para a coletividade: políticas econômicas e sociais ruins, guerras, desastres fiscais, decisões equivocadas, malbaratamento dos recursos públicos e outras tantas

ações daninhas não raro contrapõem governantes e governados, Estado e indivíduos.

Como o interesse do Estado ou dos governantes não coincide necessariamente com o bem geral da coletividade, Renato Alessi entendeu oportuno distinguir o *interesse primário* (o bem geral) do *interesse secundário* (o modo pelo qual os órgãos da administração vêem o interesse público); com efeito, em suas decisões, nem sempre os governantes atendem ao real interesse da comunidade.

O interesse público primário é o interesse social (o interesse da sociedade ou da coletividade como um todo) (*A defesa dos interesses difusos em juízo*: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 47).

O autor é expresso ao afirmar que “A defesa da probidade administrativa não envolve interesse transindividual (de grupos, classes ou categorias de pessoas), mas sim interesse público primário (bem geral da coletividade)” (op. cit. p. 175).

Nesse contexto, como a ação de improbidade administrativa envolve interesse público primário e não transindividual ou individual, a habilitação como litisconsorte somente é assegurada aos legitimados ao ingresso da ação civil pública (Lei n. 7.347/85, art. 5º, § 2º), não se mostrando legítima a intervenção assistencial da suposta vítima do ato impugnado, porque seu interesse não coincide com o objetivo e as sanções da Lei n. 8.429/92.

Buscando um paralelo com a ação penal, *Hugo Nigro Mazzilli* escreve que “é difuso o interesse transindividual de combater na esfera civil a propaganda enganosa, mas é público o direito do Estado punir criminalmente o autor dessa propaganda” (op. cit. p. 58).

Com efeito, o interesse do Estado em tutelar a moralidade administrativa e aplicar as sanções previstas na ação de improbidade administrativa (perda dos bens ou valores, ressarcimento integral do dano, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos e multa civil) não coincide com

o interesse individual de eventual vítima do ato ímprobo, que se resume em possível ressarcimento de dano. Ademais, o dano causado ao Estado não é o mesmo que o sofrido pelo particular.

Assim, merece reforma a decisão que admitiu Rogério Sant'Ana como assistente do Ministério Público na ação de improbidade administrativa.

Por fim, apesar de não influenciar no resultado do presente julgamento, registre-se que, diversamente do sustentado pelo agravante, antes da decisão que admitiu a integração de Rogério Sant'Ana, houve, sim, a intimação para manifestação.

Com efeito, efetivado o pedido de assistência de Rogério Sant'Ana (fls. 1.447-1.449), abriu-se vista ao Ministério Público para manifestação (fl. 1.522), que nada opôs quanto ao requerimento (fls. 1.533-1.535). Após esse fato, quando recebida a ação de improbidade administrativa, a Magistrada, ao determinar a citação dos requeridos para apresentarem contestação, expressamente intimou para “*se manifestarem sobre a petição de fls. 1.507-1.509*” (fl. 1.537), ou seja, o pedido de assistência de Rogério Sant'Ana. Dentre as peças juntadas no agravo de instrumento, não se tem notícias de nenhuma impugnação quanto à assistência requerida. Tanto que Dário Elias Berger e Edson Souza, em suas contestações, chegaram a mencionar o pedido de assistência de Rogério Sant'Ana (fls. 1.582 e 1.607), sem entretanto impugná-lo.

Nesse contexto, afastadas as preliminares, dá-se provimento ao recurso para cassar a decisão que admitiu Rogério Sant'Ana como assistente do autor, tornando-se nulos todos os atos processuais por ele praticados.

DECISÃO

Ante o exposto, por votação unânime, dá-se provimento ao recurso.

O julgamento, realizado em 17 de junho de 2008, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Vanderlei Romer, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Paulo Henrique Moritz Martins da Silva. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. Paulo Cezar Ramos de Oliveira.

Florianópolis, 19 de junho de 2008.

Sérgio Roberto Baasch Luz
RELATOR

APELAÇÕES CÍVEIS

Apelação Cível n. 2007.054872-1, de Lages

Relator: Des. Vanderlei Romer

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CARÊNCIA DE AÇÃO POR IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. SENTENÇA ANULADA NA INSTÂNCIA *AD QUEM*. JULGADOR *A QUO*, CONTUDO, QUE REAFIRMA SEU ENTENDIMENTO, COM NOVA EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO. MANIFESTA OFENSA À AUTORIDADE DA COISA JULGADA FORMAL E À HIERARQUIA DAS JURISDIÇÕES. APLICAÇÃO, TODAVIA, DO ARTIGO 515, § 3º, DO CPC.

A impossibilidade jurídica do pedido, condição da ação que é, não se submete ao manto da preclusão, porquanto cognoscível em qualquer momento processual.

Todavia, se a instância superior reconhecer a presença da prefalada condição da ação, em decisão transitada em julgado, é de todo inviável encetar-se nova discussão a respeito.

Inadmissível, censurável e absurdo, portanto, que o Julgador *a quo*, certamente ciente de que a decisão que prolatou foi anulada pelo Tribunal, reitere o entendimento ali exposto em momento posterior. É fazer tábula rasa à autoridade do Órgão *ad quem*.

AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PREFEITO. CONTRATAÇÃO, EM NOME DA PREFEITURA, DE EMPRESA DA QUAL É DIRIGENTE DE FATO, REGISTRADA EM NOME DE SUA ESPOSA E FILHA. PATENTE VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE, DA MORALIDADE E DA HONESTIDADE. TIPICIDADE DO ATO CONFIGURADA. UTILIZAÇÃO, ADEMAIS, DE MÁQUI-

NAS E FUNCIONÁRIOS DA PREFEITURA MUNICIPAL EM OBRAS PARTICULARES, SEM A DEVIDA CONTRAPRESTAÇÃO E SEM A NECESSÁRIA LEI AUTORIZADORA. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO.

1. Hipótese em que Prefeito Municipal, além de determinar a realização de obras em propriedades particulares, com a utilização de servidores e equipamentos municipais, contrata empresa da qual é, sabidamente, dirigente de fato e da qual são sócias e proprietárias sua cônjuge e sua filha.

2. Atos de improbidade administrativa que se enquadram às condutas previstas no *caput* do artigo 11 e no artigo 10, inciso XII, da Lei de Improbidade Administrativa — LIA, muito embora, no tocante a esse último dispositivo, o réu tenha repassado, após determinação do Tribunal de Contas, aos cofres públicos os valores devidos pelos beneficiados da obra; circunstância, contudo, que só tem o condão de afastar a condenação ao ressarcimento do dano.

3. Nítido intuito do agente político de beneficiar-se, em postura incompatível com a probidade que se exige do homem público.

4. Determinação da Câmara da remessa de peças dos autos ao Sr. Corregedor-Geral da Justiça.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2007.054872-1, da comarca de Lages (Vara da Fazenda, Acidentes de Trabalho e Registros Públicos), em que é apelante o representante do Ministério Público, e apelados José Maria de Oliveira Branco e outros:

ACORDAM, em Primeira Câmara de Direito Público, por votação unânime, prover parcialmente o recurso e determinar a remessa de cópia de peças dos presentes autos à Corregedoria-Geral da Justiça. Custas legais.

RELATÓRIO

O representante do Ministério Público do Estado de Santa Catarina ajuizou ação civil pública de responsabilidade por ato de improbidade administrativa contra José Maria de Oliveira Branco, Alvarino de Souza, Angélica Batista Branco e Grasielle Batista Branco.

Expôs o autor que, consoante apurado em Procedimento Administrativo Preliminar n. 016/04, o requerido José Maria de Oliveira Branco, então Prefeito Municipal de Lages, propôs a Joel da Silva Pereira, funcionário municipal, que constituíssem uma empresa, o que efetivamente ocorreu, e que constasse como proprietário apenas o nome do último, a fim de manter em segredo que esta também era da propriedade do Prefeito.

Disse que a empresa, nominada de Auto Mecânica do Compadre, prestou diversos serviços a terceiros, especialmente à própria Prefeitura Municipal, e que, ao término do seu mandato, em 1997, o requerido José Maria assumiu oficialmente, mediante procuração de instrumento público, com amplos poderes, a direção da oficina, agora denominada de Oficina do Zé Maria.

Proseguiu relatando que a empresa continuou a ser beneficiada pela gestão posterior, pois continuou sendo contratada para a prestação de serviços.

Enfatizou que a situação atingiu o seu ápice entre os anos de 1997 e 1998, quando os dirigentes da oficina, com a pretensão de instalá-la em outro local mais adequado, adquiriram um imóvel, cujo pagamento foi feito, em parte, com prestação de serviços, tais como construção de um bueiro, realização de aterro e de terraplanagem na propriedade do vendedor, todos efetuados pela Prefeitura Municipal, por determinação do alcaide e ora réu, Alvarino de Souza, que agiu em conluio com José Maria de Oliveira Branco.

Mencionou o postulante, ainda, que em alguns dos reparos feitos na oficina foram utilizadas peças de veículos pertencentes ao Município.

Registrou, outrossim, que, em 1999, Joel da Silva Pereira afastou-se da empresa, o que deu azo à constituição de outra, SJC Autopeças e Serviços Ltda., em nome de sua filha e de sua esposa, Grasielle Batista Branco e Angélica Maria Batista Branco, respectivamente, ambas servidoras públicas. Continuou o réu em tela, todavia, a gerir os negócios. A aquisição e contratação de serviços da empresa motivou a imposição de multa a José Maria de Oliveira Branco, por violação ao disposto no artigo 9º, inciso III, da Lei de Licitações e no artigo 84, inciso IV, da Lei Orgânica do município de São José do Cerrito.

Aduziu que, não bastasse o exposto, com base em denúncias efetuadas por Allier Miguel Melo e Aristides Miguel Melo, bem como na inspeção levada a termo pelo Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina, José Maria de Oliveira Branco beneficiou, por meio de serviços de terraplanagem e aterramento prestados pela Prefeitura, vários particulares.

Posto isso, o representante do Ministério Público asseverou que é palmar a prática das condutas previstas nos incisos XI e XII do artigo 9º da Lei de Improbidade Administrativa, porquanto nítidos a percepção de vantagem patrimonial indevida, a ausência de fato gerador lícito que justifique a vantagem e o nexa causal entre a conduta praticada no exercício do cargo e a vantagem patrimonial indevida.

Por esses e outros argumentos que passam a fazer parte integrante desta suma, requereu a procedência do pedido

[...] com a conseqüente condenação dos demandados ao ressarcimento aos cofres públicos do município de São José do Cerrito da quantia que será apurada durante a instrução processual, com juros legais, correção e atualização monetária, e demais sanções previstas na Lei n. 8.429/92, pelos prejuízos defluentes dos atos de impro-

bilidade perpetrados em detrimento da coletividade e dos princípios norteadores da Administração Pública (fl. 38).

Determinada a notificação dos requeridos, manifestaram-se Angélica Maria Batista Branco e Grasielle Batista Branco (fls. 51-69), Alvarino de Souza (fls. 74- 93) e José Maria de Oliveira Branco (fls. 96-124).

Recebida a inicial e determinada a intimação do Prefeito Municipal de São José do Cerrito para que remetesse ao Juízo cópia de todas as notas de empenho expedidas em favor da empresa SJC Auto Peças e Serviços no período de 1º-1-01 até 31-12-04, acorreram os réus aos autos para defender-se.

José Maria de Oliveira Branco argüiu, inicialmente, a ilegitimidade ativa *ad causam*; a inconstitucionalidade e a ilegalidade do Procedimento Administrativo Preliminar n. 016/04, que instruiu a peça póstica; a prescrição da ação, uma vez que transcorridos mais de 9 (nove) anos entre o término do mandato e o ajuizamento da demanda; a ocorrência da coisa julgada e litispendência; e a ausência de interesse de agir.

No mérito, negou peremptoriamente as acusações feitas pelo autor.

Também Angélica Maria Batista Branco e Grasielle Batista Branco contestaram, com a reiteração praticamente integral dos argumentos expostos na peça defensiva apresentada por José Maria de Oliveira Branco.

O município de São José do Cerrito, instado a manifestar-se, ratificou integralmente as razões do Ministério Público e propugnou pela sua procedência.

Em saneador, foram afastadas as preliminares de ilegitimidade ativa, de coisa julgada, de prescrição e de falta de interesse de agir, e foi designada audiência de instrução e julgamento.

Realizado o ato, autor e réus ofereceram alegações finais.

O suplicante requereu a condenação de José Maria de Oliveira Branco às sanções previstas nos incisos II e III do artigo 12 da Lei n. 8.429/92, e de Grasielle Batista Branco e Angélica Batista Branco às sanções do inciso III do mesmo dispositivo. Quanto a Alvarino de Souza, clamou pela sua absolvição.

O pleito foi julgado improcedente com relação às requeridas, e, no que tange ao réu José Maria de Oliveira Branco, foi o autor declarado carecedor de ação, por impossibilidade jurídica do pedido.

A tempo e modo, o vencido recorreu.

De início, asseverou que a pretensão é juridicamente possível, contrariamente ao que entendeu o MM. Juiz, calcado na Reclamação n. 2.138-6. Disse, ainda, que o *decisum* foi absolutamente silente no tocante a Alvarino de Souza, a despeito de ter formulado pedido expresso pela improcedência do pleito quanto a ele. Disse-se indignado, ainda, com o total descaso do Sentenciante no que respeita às requeridas Angélica Maria Batista Branco e Grasielle Batista Branco, porquanto foi totalmente omissos acerca de sua responsabilidade. Dito de outra forma, gizou, apreciou o pleito somente com relação a José Maria de Oliveira Branco. No mais, repetiu os argumentos deduzidos na petição inicial e, ao final, requereu a absolvição de Alvarino de Souza “das imputações que lhe foram feitas” (fl. 309).

Com as contra-razões e o parecer ministerial, nesta instância, pelo provimento do recurso, vieram-me os autos conclusos.

Esta colenda Câmara, em sessão de julgamento realizada no dia 19 de abril de 2007, proveu parcialmente o recurso para anular o processo a partir da sentença, inclusive.

Os autos, então, retornaram à origem.

Nova sentença foi proferida *incontinenti*.

E, mais uma vez, o MM. Juiz julgou o Ministério Público carecedor de ação em relação ao requerido José Maria de Oliveira Branco, “ante a impossibilidade jurídica do pedido em face de agentes políticos” (fl. 547). Inovou apenas ao aplicar tal solução também ao réu Alvarino de Souza. No que pertine a Angélica e Grasielle Branco, o teor da prestação jurisdicional também em nada se modificou: o pleito foi julgado improcedente.

O *Parquet*, irresignado, interpôs apelação, bem dizendo que a alegada carência de ação já havia sido refutada neste Órgão *ad quem*, e que, a despeito disso, o Sentenciante insistiu em sua efetiva configuração.

No mais, sustentou que a decisão furtou-se a analisar questões importantíssimas, dentre as quais a violação ao artigo 84, incisos I e VI, da Lei Orgânica Municipal, segundo os quais é defeso ao prefeito constituir-se fornecedor, firmar ou manter contrato com o município, vedação estendida ao seu cônjuge e demais parentes consaguíneos ou afins até o 3º grau, e que, portanto, alcançaria também Angélica e Grasielle Branco, funcionárias municipais, conforme apurado pelo TCU, o qual, aliás, aplicou multa de R\$ 400,00 ao requerido em virtude do fato. Alegou, ainda, que há prova cabal de que, de janeiro a setembro de 2001, a empresa SJC recebeu dos cofres públicos a quantia de R\$ 5.602,50 (cinco mil seiscientos e dois reais e cinqüenta centavos).

Voltou a dizer da utilização indevida das máquinas e dos servidores do Município em obras particulares, bem como da negligência na cobrança pela realização de tais atos; da comprovação de que os serviços de terraplanagem e aterramento foram feitos em imóveis urbanos, uma vez que a Lei Municipal n. 314/97 autoriza tão-somente a prestação de serviços pela Municipalidade em imóveis rurais, sem a necessária, ademais, contraprestação. Sob esse aspecto, sublinhou o recorrente que o próprio Prefeito, após inspeção realizada pela Corte de Contas, recolheu os valo-

res devidos ao erário, o que evidencia a ausência de interesse público na consecução dos serviços.

Enfatizou, outrossim, a presença dos elementos subjetivos – dolo e culpa.

Ao arremate, apresentou a tipificação legal.

Entendeu que recaem sobre todos os réus as sanções previstas no artigo 12, inciso III, da LIA, pela prática de atos atentatórios aos princípios da Administração Pública; e apenas sobre o réu José Maria de Oliveira Branco, na condição de ordenador primário das despesas e por beneficiar administrados mediante serviços públicos sem autorização legal ou interesse público, porque incurso na conduta tipificada no artigo 10, *caput*, e incisos I, IX e XII, as penalidades estabelecidas no inciso II do prefalado artigo 12.

Com as contra-razões e parecer ministerial, nesta instância, pelo provimento, vieram-me os autos conclusos.

VOTO

É lamentável e atentatória à credibilidade do Poder Judiciário a situação retratada no presente processo.

Revisitando os autos, verifica-se que o Juiz, Sílvio Dagoberto Orsatto, ao proferir a primeira sentença nos autos da ação civil pública, firmou convicção de que a Lei n. 8.429/92 era inaplicável aos agentes políticos, porque submetidos ao Decreto-Lei n. 201/67. Por via de conseqüência, julgou o Ministério Público carecedor de ação por impossibilidade jurídica do pedido.

Essa tese, todavia, foi rechaçada nesta instância (Ap. Cív. n. 2006.047956-4), em julgado assim ementado:

ACÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. EXTINÇÃO, SEM JULGAMENTO DO MÉRITO, POR IMPOSSIBILIDADE

JURÍDICA DO PEDIDO. INOCORRÊNCIA. ANULAÇÃO DO PROCESSO A PARTIR DA SENTENÇA QUE SE IMPÕE. PROVIMENTO.

Não há falar em impossibilidade jurídica do pedido, em sede de ação de improbidade administrativa, com lastro no argumento de que os agentes políticos devem ser processados e julgados por crime de responsabilidade pela suposta prática de ilícitos político-administrativos.

Muito embora a tese encontre sustentáculo no voto proferido pelo Ministro Nelson Jobim na Reclamação n. 2.138, ainda pendente de apreciação, é inequívoco que o artigo 2º da Lei n. 8.429/92 confere aos agentes políticos legitimidade para figurar no pólo passivo da ação de improbidade administrativa. Vale sempre lembrar que as leis gozam em seu favor, até que judicialmente se diga o contrário, da presunção de constitucionalidade.

A despeito de o comando judicial ser absolutamente explícito, o mesmíssimo Magistrado, mais uma vez, decretou a carência de ação por impossibilidade jurídica do pedido, com a reedição dos fundamentos que sustentaram o *decisum* anulado.

É cediço que a impossibilidade jurídica do pedido, condição da ação que é, não se submete ao manto da preclusão, porquanto cognoscível em qualquer momento processual.

Todavia, se a instância superior reconhecer a legitimidade questionada, em decisão transitada em julgado, é de todo inviável encetar-se nova discussão a respeito.

Logo, inadmissível, censurável e absurdo que o Julgador *a quo*, obviamente ciente de que a decisão que prolatou, declarando a carência de ação, foi anulada pelo Tribunal, reiterar tal entendimento em momento posterior. É fazer tábula rasa à autoridade do Órgão *ad quem*.

O Superior Tribunal de Justiça, ao se deparar com hipótese semelhante, decidiu que:

Afastada a pretendida falta de condição da ação, com prestação jurisdicional plena a respeito do tema, formou-se a coisa julgada, não sendo razoável exigir-se, do mesmo Tribunal, posterior revisão de matéria por ele já decidida. Quando o legislador refere-se, no artigo 267, § 3º, do CPC, ao exame das condições da ação a qualquer tempo, não tem o objetivo de possibilitar seja revisto julgado definitivo, mas sim o de permitir o exame da matéria, mesmo de ofício, quando ainda não resolvida (REsp. n. 216.706, rel. Min. Waldemar Zveiter).

Ainda sobre o tema, extrai-se de decisão monocrática da boa lavra da Ministra Nancy Andrighi:

Atente-se que, conforme precedentes do STJ, as questões de ordem pública, notadamente aquelas relativas às condições da ação e aos pressupostos processuais, não se tornam preclusas podendo ser suscitadas na apelação, devendo, por consequência, ser apreciadas pelo Tribunal Estadual (REsp. n. 261.651/PR, rel. Min. Castro Filho, DJ de 23-5-2005; REsp. n. 343.750/MG, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 10-2-2003).

Contudo, não há que se falar em existência ou não de preclusão quando instituto outro já operou seus efeitos no processo em julgamento, a saber, a coisa julgada. Assim, se o Tribunal de origem decidiu, em acórdão com trânsito em julgado, pela legitimidade da recorrida, porquanto postula ela, em nome próprio, direito subjetivo decorrente dos possíveis prejuízos sofridos e suportados pela morte de seu cônjuge quando trabalhava para a empresa recorrente, não há mais como abrir o debate a respeito do tema, sob pena de ofensa à coisa julgada. Nesse sentido, os seguintes precedentes do STJ: [...] Se o Tribunal local, em anterior acórdão, decidiu pela existência de interesse da parte autora, não pode mais reabrir o tema, sob pena de ofensa à coisa julgada (REsp. n. 856.880).

Anote-se que o Sentenciante, a exemplo do que ocorreu no primeiro julgamento, incorreu, por igual, em imprecisão técnica.

Malgrado tenha declarado a extinção sem julgamento de mérito quanto aos agentes políticos, a fundamentação que alicerça a análise do

meritum causae é toda no sentido de que não houve a prática de ato ímprobo.

Foram sanadas – é importante dizer – as omissões existentes no primeiro *decisum* (ausência de apreciação da questão quanto às requeridas Angélica Batista Branco e Grasielle Batista Branco, e quanto ao réu Alvarino de Souza), que pesaram fortemente para se concluir pela sua anulação, afastada a incidência do artigo 515, § 3º, do CPC.

Entrementes, diante do novo julgamento, com enfrentamento explícito da responsabilidade dos réus suso, a norma comporta agora inteira aplicação, ainda que configurado o absurdo desrespeito à autoridade desta Corte e, segundo o *Parquet*, ocorridas novas omissões.

Relativamente a estas, já apontadas no relato do feito, tem-se que, ao esposar o entendimento de que a configuração do ato ímprobo passa necessariamente pela prova do dolo, da má-fé e da desonestidade, acabou o Sentenciante, mesmo que implicitamente, por refutá-las.

Pois bem.

Desde logo, cumpre dizer que, no que respeita ao réu Alvarino de Souza, o Ministério Público propugnou expressamente pela improcedência do pleito inaugural.

Subsiste a lide, portanto, apenas quanto aos demais requeridos.

Observe-se que os atos supostamente ímprobos teriam tido início no ano de 1995, com a constituição da empresa Auto Mecânica do Compadre. Proposta a ação em 2005, haveria falar em prescrição, pelo menos no que pertine às aplicações das sanções de cunho não pecuniário.

Todavia, relata-se que, no ano de 2001, houve a continuidade de tais atos, máxime porque, a partir de janeiro daquele ano, José Maria de Oliveira Branco alçou-se ao cargo de Prefeito Municipal, valendo-se dessa

qualidade para beneficiar a empresa SJC Autopeças e Serviços Ltda., cujas proprietárias eram justamente sua esposa e sua filha, *ambas servidoras da Prefeitura*.

Nesse passo, cumpre perquirir apenas se os atos que remontam a tal ano estão, de fato, maculados pela improbidade, aí compreendidas as aquisições da Prefeitura de São José de Cerrito com a referida empresa, efetuadas nos meses de janeiro e fevereiro de 2001, que alcançam a quantia de R\$ 4.445,50 (quatro mil quatrocentos e quarenta e cinco reais e cinquenta centavos), assim como a prestação de serviços de terraplanagem e aterramento em propriedades particulares, com maquinário da Prefeitura, sem custo para os beneficiados.

Ao exposto some-se o fato de que SJC era de propriedade de Grasielle Batista Branco e Angélica Batista Branco, respectivamente esposa e filha de José Maria de Oliveira Branco, de modo que é defeso à Prefeitura, nos termos do artigo 84, inciso IV, da Lei Orgânica do município de São José do Cerrito, contratar os seus serviços e dela adquirir bens.

Veja-se que se invoca também o artigo 9º, inciso III, da Lei n. 8.666/93 (“Não poderá participar, direta ou indiretamente, da licitação ou da execução de obra ou serviço e do fornecimento de bens a eles necessários: [...] III — servidor ou dirigente de órgão ou entidade contratante ou responsável pela licitação”). Contudo, a aplicabilidade de tal norma à espécie é discutível, porque ela cogita de processo licitatório, o que, diante dos valores envolvidos (R\$ 4.445,50), era de fato dispensável.

É patente, no entanto, a violação ao artigo da lei municipal e, por corolário, ao princípio da legalidade.

Confira-se a redação do artigo 84, incisos I e VI, da Lei Orgânica do Município:

Art. 84. O prefeito não poderá, desde a posse e enquanto durar o mandato, sob pena de perda deste:

I – firmar ou manter contrato com o Município, com autarquia, empresa pública municipal, sociedade de economia mista de que participe o Município ou com empresa concessionária de serviço público municipal, salvo quando o contrato obedecer a cláusulas uniformes.

[...]

VI — constituir-se fornecedor ou credor de qualquer das entidades referidas no inciso I, ou em seu devedor a qualquer título. Estende-se a proibição de ser fornecedor ou credor a seu cônjuge e aos demais parentes consanguíneos ou afins, até o terceiro grau inclusive.

Extraí-se do texto legal que não só o requerido José Maria de Oliveira Branco incorreu em improbidade pelo motivo exposto, como também as demais requeridas, porquanto sua esposa e sua filha não poderiam ter fornecido ao Município nenhum bem, muito menos prestado seus serviços. É que o prefalado inciso VI também as alcança. Grife-se: “estende-se a proibição *de ser fornecedor ou credor a seu cônjuge e aos demais parentes consanguíneos ou afins, até o terceiro grau inclusive*” (sem grifo no original).

Registre-se que o fato foi levado ao conhecimento da Corte de Contas, que, por força do decidido no Acórdão n. 0301/2003, proferido no Processo n. DEN 01/01912242, houve por bem aplicar a José Maria de Oliveira Branco multa pecuniária de R\$ 400,00, após realizada auditoria *in loco* efetuada na Prefeitura Municipal

[...] para considerar irregulares, sem débito, os atos administrativos referentes à contratação de empresa que estaria impedida de transacionar, por vínculo de parentesco com o Prefeito Municipal, constituindo infração ao art. 84, inciso VI, da Lei Orgânica do município de São José do Cerrito, e, em consequência aplicar ao responsável [...] a multa prevista no art. 69 da Lei n. 202/00 [...] (Procedimento Administrativo Preliminar n. 016/04, v. 1, fl. 284).

Entendeu-se, porém, que não houve dano ao erário, tampouco superfaturamento dos bens adquiridos. Veja-se:

[...] não há nada nos autos que ensejasse a responsabilização do Ordenador Primário. Não ficou comprovada qualquer irregularidade, configurando dano ao erário (devido ao superfaturamento dos bens adquiridos), desfalque, desvio de dinheiros, bens ou valores públicos (fl. 291).

Vale dizer que também nos presentes autos não há prova de que tal dano tenha ocorrido.

Mas a tipificação de ato ímprobo previsto no artigo 10 da Lei n. 8.429/92 fica afastada, já que é condição *sine qua non* para tanto a ocorrência de prejuízo aos cofres públicos (GARCIA, E.; ALVES, P. A. *Improbidade administrativa*. São Paulo: Lumen Juris, 2006. p. 262-263; REsp. n. 678.115/RS, rela. Mina. Denise Arruda; REsp. n. 713.537/GO etc.).

Aliás, o próprio *Parquet*, conquanto tenha suscitado o artigo em tela na inicial, já não mais a ele se referiu nas razões recursais.

De todo modo, é factível que o ato ora discutido amolda-se à conduta prevista no artigo 11 da Lei n. 8.429/92, revelando autêntica lesão ao princípio da legalidade, como também ao da moralidade, da honestidade e da impessoalidade.

Em comentários ao artigo 9º, inciso III, da Lei de Licitações, que obsta a participação de dirigente de órgão ou entidade contratante em execução de obra ou serviço e no fornecimento de bens necessários à licitação, Marçal Justen Filho leciona que

[...] também não podem participar da licitação o servidor ou dirigente do órgão ou entidade contratante ou responsável pela licitação. Também se proíbe a participação de empresas cujos sócios, administradores, empregados, controladores etc., sejam servidores ou dirigentes dos órgãos contratantes. Essa vedação reporta-se ao princípio da moralidade, sendo necessário pressuposto da lisura da licitação e contratação administrativas [...] (*Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 9. ed. São Paulo: Dialética, 2002. p. 133).

Diga-se que, malgrado afastada a incidência do prefalado dispositivo no caso concreto, a lição doutrinária presta-se a evidenciar que contratações como a que ocorreu na espécie revelam-se atentatórias aos princípios que norteiam a atuação estatal.

Emerson Garcia preconiza que

[...] a honestidade, um dos pilares da sustentação da justiça dos atos do agente público, é freqüentemente corroída pelo desejo de riquezas. A submissão do caráter ao dinheiro gera reflexos imediatos no atuar do agente e na satisfação do interesse público, pois seus atos não mais trarão em si a espontaneidade inerente à pureza d'alma a que se referiu Cícero, o que redundará no surgimento de posturas mais benéficas em relação àquele que o agraciou e no conseqüente afastamento do dever de imparcialidade.

[...]

À luz do que dissemos, é possível afirmar que os deveres referidos no art. 11, *caput*, da Lei de Improbidade nada mais são do que indicadores do ideal de justiça; a justiça, por sua vez, deflui dos valores inerentes a determinado grupamento, que se encontram aglutinados nos princípios constitucionais. Sendo tais princípios, a exemplo das regras, representados pela noção de juridicidade, concluímos que qualquer violação a esta importará em inobservância dos deveres a que se encontra adstrito o agente público, sendo indício de sua improbidade (op. cit., p. 276-277).

Não se tem, acentue-se bem, um ato meramente irregular, passível de correção administrativa. Muito pelo contrário. A situação posta nos autos é de uma exuberante ilegalidade, porquanto se beneficiou empresa pertencente a familiares do Prefeito, que, ao que consta, era o seu dirigente de fato e real proprietário (depoimento de fl. 271). Ao contratar a malfadada empresa, beneficiou a si mesmo e aos seus familiares. Entender-se o oposto é pecar por excessiva ingenuidade.

Tem-se, assim, por caracterizadas a má-fé e a desonestidade, que, para muitos, são indispensáveis coadjuvantes da conduta antijurídica que

fere os princípios constitucionais da Administração Pública (REsp. n. 480.387, rel. Min. Luiz Fux).

Cumpre dizer, doutra banda, da indispensabilidade do dano material na prática de ato atentatório aos princípios administrativos. É o que determina o artigo 21 da LIA.

É da jurisprudência:

Para a configuração do ato de improbidade não se exige que tenha havido dano ou prejuízo material, restando alcançados os danos imateriais. O ato de improbidade é constatado de forma objetiva, independentemente de dolo ou de culpa e é punido em outra esfera, diferentemente da via penal, da via civil ou da via administrativa. Diante das Leis de Improbidade e de Responsabilidade Fiscal, inexistente espaço para o administrador “desorganizado” e “despreparado”, não se podendo conceber que um Prefeito assuma a administração de um Município sem a observância das mais comezinhas regras de direito público. Ainda que se cogite não tenha o réu agido com má-fé, os fatos abstraídos configuram-se atos de improbidade e não meras irregularidades, por inobservância do princípio da legalidade (REsp. n. 708.170/MG, rela. Mina. Eliana Calmon).

Corolário do exposto é a imposição das sanções estatuídas no artigo 12, inciso III, da Lei n. 8.429/92. Quais serão aplicadas e quais os respectivos quantitativos são questões a ser delineadas após a análise das condutas remanescentes – utilização de máquinas e servidores públicos em obras particulares e negligência na cobrança por tais atos administrativos.

Também quanto a esse fato, a Corte de Contas determinou a realização de inspeção (Processo n. DEN 01/01915004), que resultou no Relatório de Inspeção 17/02, aqui transcrito em parte:

“A denúncia a este Tribunal encaminhada descreve que servidores e máquinas da Prefeitura Municipal de São José do Cerrito efetuaram diversos serviços de aterro, terraplanagem e outros melhoramentos, em propriedades particulares mencionadas à exordial, o que afrontaria os princípios da moralidade e da legalidade, em detrimento do erário.

[...]

“Preliminarmente, saliente-se que para utilização de bens e serviços do Município, por particulares, é pré-requisito a existência de autorização legislativa específica e interesse público devidamente justificado, sendo a realização de investimentos em imóveis estranhos ao acervo da municipalidade dependente de autorização, conforme disposto no artigo 10, inciso II, da Lei Federal n. 8.429/92.

“Em outras palavras, a execução de serviços em propriedades particulares pela Administração de São José do Cerrito, dependeria de lei autorizativa reguladora, estabelecendo as condições legais sob as quais deveriam esses serviços serem prestados e a forma de pagamento, o que, de fato, não se verificou, como se observará na seqüência.

[...]

“Tal determinação legal, como dito, não se mostrou cumprida pela municipalidade quando da prestação dos serviços anteriormente elencados, haja vista a absoluta inexistência de dispositivo legal que a autorizasse, às épocas dos fatos relatados.

“A única disposição legal vigente à época e sobre a qual se pode reconhecer alguma semelhança com um tipo de controle público sobre a cedência a terceiros de máquinas e equipamentos do Executivo Municipal, restringia-se à Lei Municipal n. 314/97, datada de 29 de outubro de 1997, mas esta versava exclusivamente à prestação de serviços agrícolas e à respectiva cobrança a usuário, não servindo como base normativa para o controle sobre os casos presentemente em estudo, limitados ao âmbito de propriedades urbanas ou, ao menos, não relacionados seus beneficiários à atividade de produção rural.

“Dessa forma, definitivamente inexistia normatização legal para a prestação dos serviços levados a efeito pela municipalidade, inclusive não tendo sido utilizada a lei anteriormente em questão.

“Corroborando como irregular a prática referenciada, também a Lei Orgânica Municipal de São José do Cerrito, dispõe em seu artigo 95:

‘Art. 95. São infrações político-administrativas do Prefeito sujeitas ao julgamento pela Câmara Municipal e sancionada com a cessação do mandato:

[...]

‘VII. Praticar, contra expressa disposição de lei, ato de sua competência ou omitir-se na sua prática;

‘VIII. Omitir-se ou negligenciar-se na defesa de bens, rendas, direitos ou interesse do município, sujeitos à administração da prefeitura;

[...]

‘X. Proceder de modo incompatível com a dignidade e o decoro do cargo’” (inicial, fls. 19-21).

Exsurge do documento, também, que o Prefeito negligenciou o seu dever de cobrar dos beneficiados a contraprestação, de modo que restou um saldo, o qual, todavia, foi por ele recolhido aos cofres municipais — R\$ 794,14. O TCU, então, julgou regulares, ainda que com ressalvas, as despesas concernentes aos serviços prestados a particulares, o que deu azo ao arquivamento do processo (fl. 309).

Apesar disso, o *Parquet* insiste na tipificação das condutas previstas no artigo 10, incisos I (“facilitar ou concorrer por qualquer forma para a incorporação ao patrimônio particular, de pessoa física ou jurídica, de bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no artigo 1º desta lei”) e XII (“permitir, facilitar ou concorrer para que terceiro se enriqueça ilicitamente”), e no artigo 11 da LIA.

Aliás, aqui é curial dizer que, *ex vi* do artigo 21, inciso II, da LIA, a aplicação das sanções ali previstas independe da *aprovação* ou rejeição das contas pelo órgão de controle interno ou pelo Tribunal ou Conselho de Contas.

Com efeito, ainda que o recorrido tenha repassado aos cofres públicos os valores relativos aos serviços prestados graciosamente pela Municipali-

dade a particulares, é indiscutível a prática das condutas estabelecidas no inciso XII do citado artigo 10, muito embora reparado o dano ao erário, como também daquela prevista no artigo 11.

Em caso análogo, assim decidiu este Tribunal:

Ação civil pública. Improbidade administrativa. Obra particular. Cessão de maquinário e custeio.

A disponibilização de maquinário público e o custeio de obra particular, sem autorização legal, implicam em ato de improbidade administrativa e impõem aplicação das sanções específicas, na medida que ensejam dano ao erário e afronta aos princípios constitucionais da Administração (Ap. Cív. n. 2006.047132-4, rela. Desa. Subst. Sônia Maria Schmitz).

É de se destacar, outrossim, que é óbvia a presença, no mínimo, da culpa. O favorecimento de alguns dos municípios deve ter sido pautado por fins, convenhamos, nada lícitos, conclusão que se reforça diante do “histórico” de irregularidades perpetradas pelo Prefeito, algumas aqui não analisadas por força da prescrição, mas que avultam em grande quantidade após detida leitura do Procedimento Administrativo Preliminar n. 016/04.

A devolução tem apenas o condão de afastar a condenação a ressarcimento aos cofres públicos do montante em tela.

Passa-se, agora, à dosimetria individual das sanções.

Primeiramente, contudo, é conveniente trazer a lume os ensinamentos dos já citados Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves. De acordo com tais doutrinadores,

[...] a justa proporção entre a sanção e o ilícito será encontrada a partir da identificação do ilícito de menor potencialidade lesiva, sendo cominada uma reprimenda compatível com sua natureza. Fixada a reprimenda mínima, deve-se seguir um critério de graduação crescente, majorando-se a sanção conforme aumente a lesividade dos ilícitos. O ápice da escala deve ser impreterivelmente ocupado

por uma sanção composta de valores variáveis, o que possibilitará a sua adequação a ilícitos de igual natureza, mas que apresentem gravidade extrínseca distinta, a qual variará em conformidade com as circunstâncias em que se desenvolvera a ação.

Adotando-se tais critérios, constata-se que o ato que importe em inobservância dos princípios administrativos apresenta-se como ilícito de menor potencialidade lesiva previsto na Lei n. 8.429/92, já que a ele são cominadas as sanções mais brandas. O extremo oposto é ocupado pelos atos que importem em enriquecimento ilícito, assumindo posição intermediária aqueles que causem dano ao erário.

Os mesmos critérios também corroboram o *iter* sugerido para a identificação do ato de improbidade, devendo o processo de análise ser iniciado a partir da violação dos princípios que regem a atividade estatal, seguindo-se as operações posteriores até se identificar a real lesividade do ato.

A regra de proporção, assim, se manifestará na atividade legislativa, com a cominação de sanções que se mostrem adequadas à natureza do ilícito que se busca coibir; na verificação da compatibilidade entre a conduta e os efeitos que advirão com a aplicação da Lei n. 8.429/92, operação esta que ensejará a identificação da denominada *improbidade material*; e, por último, na atividade jurisdicional, com a aplicação das sanções que, no caso concreto, se afigurem mais justas (op. cit., p. 427-428, grifo no original).

Registre-se, ainda, que “as sanções do art. 12, da Lei n. 8.429/92 não são necessariamente cumulativas, cabendo ao magistrado a sua dosimetria; aliás, como deixa antever o parágrafo único do mesmo dispositivo” (REsp. n. 713.537, rel. Min. Luiz Fux).

Com relação ao apelado *José Maria de Oliveira Branco*, é inconcusso que ficaram tipificadas as condutas previstas no artigo 10, inciso XII, e no *caput* do artigo 11.

Está o réu, por conseguinte, ao alcance das sanções dispostas nos incisos II e III do artigo 12 da Lei n. 8.429/92, *verbis*:

Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas, previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações:

[...]

II — na hipótese do art. 10, ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos;

III — na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.

Parágrafo único. Na fixação das penas previstas nesta lei o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente.

Com lastro na lição doutrinária supra-reproduzida, é de rigor partir-se do inciso III, com a elevação dos limites ali impostos para aqueles estabelecidos no inciso II, se fosse o caso.

Entretanto, malgrado manifesta a gravidade dos fatos relatados e efetivamente apurados no transcorrer do multicitado procedimento e nos presentes autos, a realidade do caso permite que se apliquem tão-somente os limites máximos estipulados no inciso II: perda da função pública, suspensão dos direitos políticos por cinco anos, pagamento de multa civil correspondente a um salário, proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indi-

retamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.

É apenamento suficiente.

Quanto às apeladas *Angélica Batista Branco e Grasielle Batista Branco* — que detêm legitimidade passiva para integrar a ação, por força do artigo 3º da Lei n. 8.429/92 —, tem-se por configurado o ato previsto no artigo 11 da Lei n. 8.429/92. Certamente não desconheciam a ilegalidade das contratações, tampouco o seu aspecto imoral.

Devem, contudo, ser penalizadas de forma mais branda, por óbvios motivos.

Realce-se, mais uma vez com fundamento na doutrina de Emerson Garcia, que “a mesma sanção não deve ser mecanicamente infringida a todos os ímprobos envolvidos no ilícito, sendo necessário valorar as circunstâncias que influíram sobre a sensibilidade de cada um deles” (op. cit., p. 515).

Impõem-se-lhes, então, o pagamento de multa civil correspondente a uma remuneração do seu cargo (para cada uma) e a proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual sejam sócias majoritárias, pelo prazo de três anos.

Por todo o exposto, dá-se parcial provimento ao recurso de apelação interposto pelo Ministério Público para julgar improcedente a ação quanto ao réu Alvarino de Souza e procedente em relação aos demais, para condenar José Maria de Oliveira Branco à perda da função pública, à suspensão dos direitos políticos por cinco anos, ao pagamento de multa civil correspondente a um salário e à proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos; e para condenar Angélica Batista

Branco e Grasielle Batista Branco ao pagamento de multa civil correspondente a uma remuneração do seu cargo (para cada uma), à proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual sejam sócias majoritárias, pelo prazo de três anos.

Custas e honorários advocatícios fixados em R\$ 5.000,00 pelos sucumbentes.

Ao arremate, em razão da noticiada inobservância, pelo Juiz *a quo*, da decisão proferida na Apelação Cível n. 2006.047956-4, fato que não é inédito (Agravo de Instrumento n. 2006.042727-3, de Lages), a Câmara determinou, por unanimidade, a remessa de cópias de peças dos autos à Corregedoria-Geral da Justiça.

DECISÃO

Ante o exposto, a Câmara decidiu, por votação unânime, prover parcialmente o recurso e determinar a remessa de cópias de peças dos presentes autos à Corregedoria-Geral da Justiça.

O julgamento, realizado no dia 15 de abril de 2008, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Newton Trisotto, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz. Lavrou parecer pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Anselmo Jerônimo de Oliveira.

Florianópolis, 5 de maio de 2008.

Vanderlei Romer
RELATOR

Apelação Cível n. 2008.013191-4, de Timbó

Relator: Des. Vanderlei Romer

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. PRISÃO ADMINISTRATIVA. ILEGALIDADE. ENTENDIMENTO, HOJE CONSOLIDADO, QUE À ÉPOCA DA DECISÃO ERA CONTROVERTIDO. ATO JUDICIAL AMPLAMENTE FUNDAMENTADO. INEXISTÊNCIA DE ERRO JUDICIÁRIO. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. RECURSO DESPROVIDO.

Ainda que a prisão administrativa, fundamentada no art. 35 da antiga Lei de Falências (Decreto-Lei n. 7.661/45), seja hodiernamente repudiada pela doutrina e pela jurisprudência pacíficas, não há reconhecer erro judiciário na decisão, fortemente fundamentada, que a decretou em momento em que a questão ainda apresentava controvérsia, pois necessária é a preservação dos princípios da livre persuasão racional do juiz e do livre convencimento motivado.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2008.013191-4, da comarca de Timbó (1ª Vara Cível e Criminal), em que é apelante Nilso Odorizzi, e apelado o Estado de Santa Catarina:

ACORDAM, em Primeira Câmara de Direito Público, por votação unânime, desprover o recurso. Custas legais.

RELATÓRIO

Nilso Odorizzi ajuizou ação de indenização contra o Estado de Santa Catarina. Aduziu, em síntese, que teve decretada a prisão administrativa, reconhecidamente ilegal pelo Tribunal de Justiça, e em razão dela permaneceu 40 (quarenta) dias no Presídio Regional de Blumenau, em regime fechado. Disse que alugou um “*stand*” no “Shopping de Verão”, em Itape-

ma, e que a prisão deu-se no período de maior movimento da temporada, o que resultou em prejuízos materiais. Destacou que sofreu abalos morais, porquanto, além dos dissabores psicológicos de estar confinado com supostos criminosos, não pôde estar com a família em datas comemorativas importantes, tais como a conclusão do ensino fundamental do seu filho e o próprio aniversário. Pretendeu, então, a reparação por lucros cessantes, danos emergentes e danos morais.

Depois da contestação e da regular instrução processual, sobreveio a sentença que julgou improcedente o pedido e condenou o autor ao pagamento das despesas processuais e dos honorários advocatícios, fixados estes em R\$ 1.800,00 (mil e oitocentos reais), sobrestado o desembolso das verbas por ser ele beneficiário da assistência judiciária.

Inconformado, o vencido interpôs recurso de apelação. Argumentou que a liberdade de decidir do magistrado não autoriza decisões manifestamente ilegais, como a do caso em tela, em que a prisão foi fundamentada em artigo de lei revogado pela Constituição Federal. Asseverou que o erro judiciário e a prisão ilegal são hábeis para amparar o pleito indenizatório. Citou diversos precedentes jurisprudenciais em abono a sua tese e repisou a necessidade de ressarcimento por lucros cessantes, danos emergentes e danos morais. Requereu, assim, a reforma integral do veredicto.

Em contra-razões, o apelado afirmou que não há responsabilidade estatal, uma vez que a prisão foi devidamente fundamentada e, ainda, que não há prova de erro judicial, culpa ou dolo do agente do Poder Judiciário.

VOTO

Objetiva o autor, ora apelante, a concessão de indenização por danos materiais e morais em razão de suposto erro judiciário do Magistrado José Agenor de Aragão ao decretar a sua prisão administrativa, com fulcro no art. 35 da antiga Lei de Falências (Decreto-Lei n. 7.661/45), dispositivo

legal considerado revogado pelo Tribunal de Justiça ao julgar o *habeas corpus* impetrado em seu favor (fls. 235-238).

É cediço que as ações de indenização baseadas em erro judiciário e prisão ilegal têm alicerce no art. 5º, LXXV, da Constituição Federal, *in verbis*: “o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença”.

Sobre o tema, colhe-se a lição de Odoné Serrano Júnior: “Dispondo o art. 5º, LXXV, da CF, de maneira genérica, que ‘o Estado indenizará o condenado por erro judiciário...’, temos que referida regra não se limita apenas ao erro judiciário penal, abrangendo também o erro judiciário civil” (*Responsabilidade civil do Estado por atos judiciais*. Curitiba: Juruá, 1996. p.151).

E de Giovanni Ettore Nanni:

Não resta dúvida, nas palavras de Arruda Alvim, que a intenção permanente e fundamental do juiz é aplicar a lei, exclusivamente, e jamais a de lesar direitos, inexistindo, ou devendo inexistir, outra motivação e outro fim, no agir normal do juiz.

Qualquer ato jurisdicional praticado pelo juiz, *a priori*, está coberto de juridicidade, porque a ele cabe a indeclinável tarefa de dizer o direito. No entanto, nada impede que se demonstre perante o órgão competente, diga-se o próprio Poder Judiciário, a ilicitude deste ato, gerando a responsabilidade. Esse eventual desvio no comportamento do juiz, alheio ao direito, não encontra esteio no mundo jurídico, pelo que a imunidade representaria a própria inversão dos ditames por ele preconizados, vilipendiando o fundamento que embasa o mundo jurídico, de que todo aquele que causa dano fica obrigado a repará-lo (*A responsabilidade civil do juiz*. São Paulo: Max Limonad, 1999. p. 211-212).

Assim, fixada a premissa de que é possível a indenização pleiteada, importa indagar a existência de erro judiciário no caso.

Infere-se dos autos que o requerente teve decretada a sua prisão no processo de falência de Comércio e Representações Odorizzi Ltda. (Autos n. 073.96.000198-3) porque, na qualidade de representante legal da pessoa jurídica, não apresentou os 6 (seis) veículos relacionados como bens da empresa, o que obstaculizou a alienação judicial deles e o pagamento dos credores.

Na decisão, datada de 12-12-2002, o Juiz José Agenor de Aragão fundamentou (fls. 140-147):

Esse procedimento reprovável perpetrado pelo representante legal da Falida, vem impedindo a arrecadação da totalidade dos bens pertencentes à Massa, a alienação judicial e o conseqüente pagamento dos credores. Assim procedendo, deixou de cumprir com as obrigações legais estabelecidas no artigo 34, inciso V, da Lei de Quebras, ao disciplinar que “A declaração da falência impõe ao falido as seguintes obrigações: [...] V – *entregar, sem demora, todos os bens*, livros, papéis e documentos ao síndico, indiciando-lhe, para serem arrecadados, os bens que porventura tenha em poder de terceiros”, circunstância suficiente para justificar a prisão, na medida em que vem respaldada no art. 35, ao dispor que “Faltando ao cumprimento de qualquer dos deveres que a presente lei lhe impõe, poderá o falido ser preso por ordem do juiz, de ofício ou a requerimento do representante do Ministério Público, do síndico ou de qualquer credor”.

Em verdade, “Visa, com efeito, a prisão administrativa, coagir o falido a praticar certos atos cuja obrigação a lei lhe impõe”. (in Curso de Direito Falimentar, Rubens Requião, 1º Volume – Falência – Editora Saraiva, pág. 149). E, “Pode o juiz decretar a prisão de falido que se recuse à entrega dos livros comerciais (Ver. Dos Tribs., 1/218) ou oponha embaraços à sindicância, quer encobrando a existência de bens, quer não exibindo os livros comerciais (São Paulo Judiciário vol. 4/261), quer desviando mercadorias e livros ou ocultando bens da massa” (Re. Dos. Tribs., 149/504).

A respeito da matéria já decidiu o Excelso Pretório Catarinense: “*HABEAS CORPUS – Falência – Descumprindo, pelo falido, de obrigações que lhe são impostas pela lei de quebras – legalidade da prisão, eis que não ultrapassado o prazo máximo previsto na legislação – Ordem denegada.*”

“O descumprimento, pelo falido, de qualquer dos deveres impostos pelo diploma falencial, e o não atendimento de determinação judicial a respeito, autoriza a decretação de sua prisão, como meio coercitivo de assegurar a normal tramitação do processo”. (Habeas corpus n. 12.744, de Canoinhas. Relator: Des. Trindade dos Santos).

No mesmo sentido: *“Se o falido, embora previamente advertido, descumpre as obrigações do artigo 34, III, da Lei de Falências, é justo e legal o despacho que decreta a sua prisão. Aplicação do art. 35 da Lei de Falências (Dec-Lei 7.661, de 21-6-45)”* (AI n. 2.279, de Joinville, Des. João Martins).

Salienta, a respeito, o insigne Miranda Valverde: *“A necessidade do auxílio do falido nos trabalhos da organização falimentar motiva a sua prisão quando ele falta ao cumprimento de qualquer dos deveres que a lei lhe impõe. É a prisão administrativa, que não pode exceder de 60 dias, e que funciona como medida compulsória, a fim de coagir o falido ao cumprimento de suas obrigações, assegurando, assim, também o regular movimento do processo falimentar”* (Comentários à Lei de Falências, vol. 1, p. 255-256).

O colendo SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, embora tenha tratado do art. 35, da Lei de Falências (prisão administrativa), já decidiu que *“não há ilegalidade na prisão administrativa do falido, face à atual Constituição, desde que o decreto esteja fundamentado e tenha sido expedido por autoridade judiciária (art. 5º, LXI, da Constituição). Por outro lado, a hipótese não está abrangida pela proibição do inciso LXVII, que não inova em relação às Constituições anteriores”* (rel. Min. Assis Toledo, RSTJ, 77/274).

Do corpo do acórdão, mais precisamente do voto do eminente Min. Edson Vidigal, extrai-se precioso ensinamento, que descarta a inconstitucionalidade da prisão preventiva frente ao inciso LVII, do art. 5º, da Constituição Federal, verbis:

[...]

Ademais, já assentou o Supremo Tribunal Federal que *“No conceito de ordem pública, não se visa apenas prevenir a reprodução de fatos criminosos, mas acautelar o meio social e a própria credibilidade da Justiça, em face da gravidade do crime e de sua repercussão. A conveniência da medida deve ser revelada pela sensibilidade do Juiz à reação*

do meio ambiente à ação criminosa” (STF, rel. Min. Carlos Madeira, RTJ, 124/1.033).

Destarte, a decretação da prisão do representante legal da falida, Sr. Nilson Odorizzi, é medida que se impõe, mesmo porque, entendimento em sentido contrário, importa em incentivo e motivação para continuar a adotar idêntico procedimento, em detrimento dos credores e aos próprios interesses da Justiça, constituindo-se na concessão de verdadeiro alvará, tendo por base a falsa ilusão de impunidade e servindo de base aos comentários negativos assacados injustamente contra o próprio Judiciário.

[...]

Isto posto, e por tudo o mais que dos autos consta, *DECRETO A PRISÃO ADMINISTRATIVA* do representante legal da falida, Sr. Nilson Odorizzi, pelo prazo de sessenta (60) dias, a ser cumprida no Presídio Regional de Blumenau, em regime fechado (grifo no original).

Do exposto, percebe-se que amplamente fundamentada foi a decisão que decretou a prisão do postulante, embasada em diversos excertos doutrinários e jurisprudenciais, até mesmo quanto à constitucionalidade do art. 35 da Lei de Falências.

Com efeito, esta Corte de Justiça, ao julgar o *habeas corpus* impedido em favor do autor, entendeu por bem relaxar a prisão e considerar não recepcionado pela Constituição Federal de 1988 o dispositivo legal em questão; contudo, expressamente advertiu “não ser matéria pacificada nos Tribunais” (fls. 235-238).

Significa dizer, então, que, à época, o tema ainda era controvertido no âmbito do Poder Judiciário, de modo que não estava o Magistrado obrigado a julgar conforme o entendimento sufragado pelo Tribunal de Justiça.

Aliás, bem pronunciou o Juiz sentenciante, Roberto Lepper, ao afastar a existência de erro judiciário na hipótese (fls. 434-435):

Não se pode esquecer, por outro lado, que o juiz tem liberdade de decidir, dele se esperando que fundamente logicamente suas decisões e com base naquilo que integra os autos ou que seja do senso comum (princípio da persuasão racional). E foi o que fez o magistrado José Agenor de Aragão investido em suas funções. Diga-se, ademais, que alardeada inconstitucionalidade do referido dispositivo não havia sido reconhecida em sede de ação direta de inconstitucionalidade, regulamentada pela Lei n. 9.868/99, que produz efeitos *erga omnes* e vinculante (art. 28, parágrafo único, da referida lei), o que sepulta por completo a idéia de erro judiciário. O próprio voto do relator do *habeas corpus* impetrado em favor do autor indica que a decisão teve inspiração em alguns precedentes, que talvez nem representassem a voz dominante da jurisprudência contemporânea. Apenas para exemplificar o que digo, ainda hoje, passados quase duas décadas da promulgação da Constituição da República, alguns juízes erguem sua voz para defender e, outros, para hostilizar, a idéia da possibilidade de prisão civil daquele que seja reconhecido como depositário infiel.

Portanto, não obstante descaracterizada a prisão provisória decretada pelo juiz em sede de *habeas corpus*, o ato do agente estatal, decorrente de comportamento tido como lícito, não foi abusivo, teratológico ou arbitrário, que, se verificado, poderia, então, gerar para o Estado obrigação de indenizar por danos patrimoniais e extrapatrimoniais.

Em outros termos: se a decisão que decretou a prisão do apelante tivesse sido proferida hoje, ou mesmo após o julgamento da mencionada ação direta de inconstitucionalidade e da edição da Súmula 280 do STJ (DJ 10-12-2003), talvez se enquadrasse na concepção de erro judiciário e, nos termos do inciso LXXV do art. 5º da Constituição Federal, autorizaria a concessão de indenização; no entanto, prolatada em momento em que ainda havia polêmica sobre o assunto, era dado ao juiz do processo de falência escolher a interpretação legal que melhor lhe parecesse correta, em atendimento ao princípio da livre persuasão racional ou do livre convencimento motivado.

Cita-se da doutrina:

A livre apreciação da prova, desde que a decisão seja fundamentada, considerada a lei e os elementos existentes nos autos, é dos cânones do nosso sistema processual (STJ-4a Turma, REsp 7.870-SP, rel. Min. Sálvio de Figueiredo, j. 3.12.91, deram provimento parcial, v.u., DJU 3.2.92, p. 469) (NEGRÃO, Theotônio. *Código de processo civil e legislação processual em vigor*. 35. ed. São Paulo: 2003. p. 229).

Nesse contexto, em que pese revogada a prisão do autor pelo Tribunal de Justiça, não se evidencia nenhuma ilegalidade, abuso ou arbitrariedade no ato judicial que a decretou, pois – repita-se – veio fundamentado em entendimento jurisprudencial naquele tempo aceitável, o que afasta a ocorrência de erro judiciário e impede a satisfação do pleito indenizatório.

Colhe-se deste Pretório, *mutatis mutandis*:

INDENIZAÇÃO. PRISÃO TEMPORÁRIA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DA ILEGALIDADE DO ATO. AUSÊNCIA DE OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR EM FACE DO EXERCÍCIO REGULAR DA PERSECUÇÃO CRIMINAL. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. RECURSO DESPROVIDO.

“A prisão temporária, assim como as outras modalidades de prisão cautelar, é provisória. Por isso, se o ato de decretação foi fundamentado, não gera para o Estado obrigação alguma de indenizar, por dano moral, a posterior revogação por ausência de provas da materialidade do delito, tendo em vista ser ato de persecução penal, em face do poder punitivo do estatal” (Ap. Cív. n. 2003.017458-3, de Araranguá, rel. Des. Nicanor da Silveira, 31-3-2005) (Ap. Cív. n. 2007.038482-8, da Capital, rel. Des. Vanderlei Romer).

[...] CIVIL – INDENIZAÇÃO – DANOS MATERIAIS E MORAIS – ESTADO – RESPONSABILIDADE CIVIL – PRISÃO PREVENTIVA – ILEGALIDADE OU ABUSO – INOCORRÊNCIA –

O decreto judicial de prisão preventiva, quando suficientemente fundamentado e obediente aos pressupostos que o autorizam, não se confunde com o erro judiciário a que alude o inc. LXXV do art. 5º da Constituição da República, mesmo que o réu ao final do

processo venha a ser absolvido ou tenha sua sentença condenatória reformada na instância superior.

Interpretação diferente implicaria a total quebra do princípio do livre convencimento do juiz e afetaria irremediavelmente sua segurança para avaliar e valorar as provas, bem assim para adotar a interpretação da lei que entendesse mais adequada ao caso concreto [...] (Ap. Cív. n. 2006.020604-0, da Capital, rel. Des. Luiz César Medeiros).

O voto, pois, é pela manutenção integral do veredicto e, por conseguinte, pelo desprovimento do apelo.

DECISÃO

Ante o exposto, a Câmara decidiu, por votação unânime, desprover o recurso.

Participaram do julgamento, realizado no dia 3 de junho de 2008, o Exmo. Sr. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz e o Exmo. Sr. Des. Subst. Paulo Henrique Moritz Martins da Silva.

Florianópolis, 16 de junho de 2008.

Vanderlei Romer
PRESIDENTE E RELATOR

REEXAME NECESSÁRIO

Reexame Necessário n. 2007.057793-5, de Joinville

Relator: Des. Sérgio Roberto Baasch Luz

REEXAME NECESSÁRIO — DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA — IMÓVEL PARTICULAR DESAPOSEADO PARA A CONSTRUÇÃO DE DUAS ESTRADAS MUNICIPAIS — INDENIZAÇÃO DEVIDA — JUROS COMPENSATÓRIOS — *DIES A QUO* DEVIDO DESDE A DATA DE OCUPAÇÃO DO IMÓVEL — TOGADO QUE OS FIXOU DESDE A REALIZAÇÃO DA PERÍCIA JUDICIAL PARA AMBAS AS ÁREAS OCUPADAS — MODIFICAÇÃO PARCIAL DA DECISÃO, SOB PENA DE *REFORMATIO IN PEJUS* CONTRA A FAZENDA PÚBLICA EM SEDE DE REEXAME NECESSÁRIO — PERCENTUAL DEVIDO DE 6% AO ANO NO PERÍODO COMPREENDIDO ENTRE 11-6-97 E 13-9-01 E, APÓS ESTA DATA, 12% AO ANO — PRECEDENTES DESTA CÂMARA E DO COLENDO STJ — REEXAME PROVIDO PARCIALMENTE NESTE TÓPICO.

Nos termos da Súmula 114 do STJ: “*Os juros compensatórios, na desapropriação indireta, incidem a partir da ocupação, calculados sobre o valor da indenização, corrigidos monetariamente*”.

Uniformizando a matéria, a 1ª Seção do STJ, no julgamento do REsp. n. 437.577, relator Min. *Castro Meira*, na sessão realizada em 8-2-2006, assentou o entendimento de que os juros compensatórios devem incidir à taxa de 6% (seis por cento) ao ano de 11-6-1997, data em que foi editada a Medida Provisória n. 1.577, até 13-9-2001, quando foi publicada decisão do STF na ADInMC n. 2.332-DF. Para os demais períodos sujeitos à incidência dos juros compensatórios, permanece o percentual de 12% (doze por cento) ao ano.

CORREÇÃO MONETÁRIA – TOGADO QUE DEIXOU DE APONTAR O PERCENTUAL DEVIDO – NECESSIDADE DE FIXÁ-LO — APLICAÇÃO DO INPC AO PRESENTE CASO — REMESSA NECESSÁRIA PROVIDA NESTA PARTE.

A CORREÇÃO MONETÁRIA NAS AÇÕES DE DESAPROPRIAÇÃO DEVERÁ SER APLICADA COM BASE NOS ÍNDICES DO INPC.

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – APLICAÇÃO DO ART. 27, § 1º, DO DECRETO-LEI N. 3.365/41 ÀS DESAPROPRIAÇÕES INDIRETAS – EXEGESE DO § 3º DO MESMO DISPOSITIVO — PERCENTUAL QUE DEVE SER FIXADO EM 5% SOBRE O VALOR DA CONDENAÇÃO – REEXAME PROVIDO PARA AFASTAR-SE O PERCENTUAL MÍNIMO DE 10% PREVISTO PELO CPC.

Os critérios para a fixação de honorários advocatícios em ações de desapropriação, previstos no § 1º do art. 27 do DL n. 3.365/41, são também aplicáveis às hipóteses de desapropriação indireta, conforme determina o § 3º do mesmo artigo, introduzido pela MP n. 2.109-53, de 27-12-2000 (reeditada sob o n. 2.183-56, em 24-8-2001).

DESPESAS PROCESSUAIS – TOGADO QUE FOI OMISSO EM SUA FIXAÇÃO – DESPESAS ADIANTADAS PELA AUTORA – JULGAMENTO PROCEDENTE DO PEDIDO – ÔNUS DEVIDO PELA PARTE RÉ – PEDIDO DE CONDENAÇÃO ÀS DESPESAS EXPLÍCITO NA INICIAL – SUPRESSÃO DA OMISSÃO PARA EVITAR DISCUSSÃO NA FASE DE LIQUIDAÇÃO DO JULGADO – CONDENAÇÃO EFETIVADA *EX OFFICIO*.

REEXAME NECESSÁRIO PROVIDO EM PARTE.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Reexame Necessário n. 2007.057793-5, da comarca de Joinville (1ª Vara da Fazenda Pública), em que é autora Maria Geralda Amarante, e réu o município de Joinville:

ACORDAM, em Primeira Câmara de Direito Público, por votação unânime, dar provimento parcial à remessa necessária e, *ex officio*, condenar o município de Joinville ao pagamento das despesas processuais. Custas na forma da lei.

RELATÓRIO

Trata-se de reexame necessário de sentença que, nos autos da ação da desapropriação indireta proposta por Maria Geralda Amarante contra o município de Joinville, julgou procedente o pedido, condenando o réu a indenizar a autora no importe de R\$ 196.076,44, devidamente acrescidos de correção monetária e juros compensatórios, de 12% ao ano, a partir de setembro/1997, calculados sobre o valor da indenização, até a data do efetivo pagamento, e juros de mora de 6% ao ano a partir do trânsito em julgado da presente sentença, cumuláveis com os juros compensatórios, condenando, ainda, o Município réu ao pagamento dos honorários advocatícios, fixados em 10% sobre o valor da condenação, isento de custas.

Remetidos os autos à douta Procuradoria-Geral de Justiça, esta, com parecer da lavra do Dr. André Carvalho, e com fulcro nas disposições do Ato n. 103/04/MP, deixou de manifestar-se quanto ao *meritum causae* (fls. 273-274).

VOTO

No caso dos autos, tem-se que a presente ação de desapropriação indireta decorreu de apossamento administrativo efetivado pelo município de Joinville que, com o objetivo de construir a Avenida Beira-Rio e a Rua Varzeão, apossou-se de área de terras pertencente à autora, pelo que a desapropriação indireta é fato incontroverso, notadamente em razão de o Município não haver formulado impugnação específica a respeito durante o curso do processo, limitando-se a suscitar questões secundárias. Aliás, no

transcurso de todo o processado o ente público por diversas vezes admite o “esbulho”.

De qualquer modo, destaca-se que a perícia é conclusiva no sentido de que o réu apropriou-se de área pertencente à autora, para a implantação da Avenida Beira-Rio e da Rua Varzeão.

Assim, por força do direito garantido pela Constituição Federal em seu art. 5º, inc. XXIV, nasceu para os expropriados o direito de serem ressarcidos em justa indenização.

De acordo com a doutrina, a desapropriação de imóvel particular sem a realização do competente processo de desapropriação possui natureza ilegal e, como tal, sujeita o poder público ao pagamento de indenização.

Nesse sentido, sirvo-me dos ensinamentos do mestre *Hely Lopes Meirelles*:

A desapropriação indireta não passa de esbulho da propriedade particular e, como tal, não encontra apoio em lei. É situação de fato que se vai generalizando em nossos dias, mas que a ela pode opor-se o proprietário até mesmo com os interditos possessórios. Consumado o apossamento dos bens e integrados no domínio público, tornam-se, daí por diante, insuscetíveis de reintegração ou reivindicação, restando ao particular espoliado haver a indenização correspondente, da maneira mais completa possível, inclusive correção monetária, juros moratórios, compensatórios a contar do esbulho e honorários de advogado, por se tratar de ato caracteristicamente ilícito da Administração (*Direito administrativo brasileiro*. 27. ed. Malheiros, 2002. p. 570).

O que se pretende é assegurar ao particular esbulhado pelo ente público o direito à justa indenização, que deve ser arbitrada de modo a reconstituir integralmente o patrimônio atingido.

In casu, o douto Togado monocrático teve como parâmetro na fixação do *quantum* devido a perícia efetivada pelo *expert*, considerando o valor do metro quadrado da região em que localizado o imóvel como R\$ 82,97

(oitenta e dois reais e noventa e sete centavos), e, por ser a área desapropriada total de 2.736,85 m², chegou à quantia devida de R\$ 227.076,44.

Considerou o Togado, todavia, que, em razão de existir área remanescente da autora, esta área sofreu valorização imobiliária, pelo que, quando efetivada a sua venda à empresa Hacasa, a valorização deve ser computada e abatida do total devido pela Municipalidade à autora, do que a perícia chegou ao importe de R\$ 31.000,00. Feito esse abatimento do total devido pelo apossamento administrativo, chegou-se ao importe indenizatório de R\$ 196.076,44.

Efetivamente, não há alterar o *quantum* apurado pelo Togado e devido pela Municipalidade à autora, seja porque o total da área pleiteada pela autora é menor do que aquela que a perícia apurou (3.202,09 m²), seja porque houve o abatimento da valorização da área remanescente do total devido, teses essas não recorridas pela parte interessada e, assim, manifestamente favoráveis ao Município, de modo que eventual alteração dessa parte da sentença acarretaria verdadeira *reformatio in pejus* ao Município, o que, em sede de reexame necessário, é vedado.

Mantido o *quantum* arbitrado pelo Togado ante a possibilidade de *reformatio in pejus*, ingressa-se na análise dos demais tópicos proferidos pela sentença: incidência de juros compensatórios desde a elaboração do laudo pericial (setembro de 1997), com o índice de 12% ao ano; juros moratórios desde o trânsito em julgado da sentença, no percentual de 6% ao ano; correção monetária desde a confecção do laudo pericial, admitida a cumulação dos juros moratórios com os compensatórios; e, por fim, isenção do Município no pagamento das custas processuais, todavia imposição a este dos honorários advocatícios, no importe de 10% sobre o valor atualizado da condenação, temas esses que, dada a relevância, deverão ser tratados, cada qual, em tópico específico.

a) juros compensatórios

O douto Togado monocrático, ao sentenciar, determinou a incidência de juros compensatórios desde a data da elaboração do laudo pericial, levando em conta que os valores nele constantes já estavam atualizados de acordo com a época da perícia, além do que aplicou o percentual de 12% ao ano.

O tema relativo ao marco inicial de incidência dos juros compensatórios nas desapropriações indiretas é pacífico no Superior Tribunal de Justiça, tanto que é objeto da Súmula 114, que estabelece: “*Os juros compensatórios, na desapropriação indireta, incidem a partir da ocupação, calculados sobre o valor da indenização, corrigidos monetariamente*”.

Acerca do tema, leciona *José Carlos de Moraes Salles*:

Nas chamadas desapropriações indiretas, em que a ocupação do imóvel expropriando se verifica sem que tenha sido ajuizada a competente ação expropriatória, muito vacilou a jurisprudência de nossos Tribunais relativamente ao termo inicial da contagem dos juros compensatórios.

Numa primeira fase, a jurisprudência inclinou-se no sentido de que tais juros seriam devidos a contar da avaliação e não da ocupação.

[...]

O STF chegou a estabelecer súmula a respeito dessa questão (n. 345), com o seguinte teor: “345 – Na chamada desapropriação indireta, os juros compensatórios são devidos a partir da perícia, desde que tenha atribuído valor atual ao imóvel”.

Todavia, com o decorrer do tempo, a jurisprudência foi evoluindo para o entendimento de que nas desapropriações indiretas, os juros compensatórios são devidos desde a ocupação do imóvel pelo expropriante.

Com efeito, seria iníquo que nas desapropriações regularmente processadas a contagem dos juros compensatórios se verificasse a contar da imissão antecipada na posse do imóvel e que nas desapropriações indiretas – nas quais o procedimento do expropriante é totalmente irregular – tais juros só fossem considerados a partir

da avaliação (*A desapropriação à luz da doutrina e da jurisprudência*. 4. ed. Revista dos Tribunais. p. 603-604).

É oportuno mencionar que,

Feito este breve histórico, convém ressaltar que embora se saiba que em outras Câmaras de Direito Público deste Tribunal de Justiça venha se firmando entendimento segundo o qual os juros compensatórios devem incidir a partir da data de realização da perícia, nos casos em que esta determinar o valor do imóvel expropriado com base no valor do metro quadrado atualizado, esta Primeira Câmara de Direito Público, a partir do consenso entre seus membros, entendeu por rever tal posicionamento, tornando a aplicar a Súmula 114 do STJ na determinação do termo inicial de incidência dos juros compensatórios (Ap. Cív. n. 2006.035943-7, de Descanso, rel. Des. Nicanor da Silveira, 7-11-2006).

De fato, tal revisão de posicionamento é necessária para que se possa garantir soluções uniformes para situações jurídicas iguais, considerando o entendimento adotado por nossos tribunais superiores.

Nesse sentido, veja-se:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL. DESAPROPRIAÇÃO. JUROS COMPENSATÓRIOS E MORATÓRIOS. TERMO INICIAL DA INCIDÊNCIA. SÚMULAS 69, 70, 113 E 114, DO STJ, E 164, DO STF. PRECEDENTES. ANÁLISE DE VIOLAÇÃO DE DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. IMPOSSIBILIDADE.

1. Agravo regimental contra decisão que desproveu o agravo de instrumento do agravante.

2. O acórdão *a quo* julgou procedente ação de indenização em face de desapropriação indireta, fixando os juros compensatórios incidentes em 12% ao ano, e não em 6% ao ano, com base na MP n. 1.577/97, como pretende o recorrente.

3. *As jurisprudências do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal estão assentadas na compreensão de que os juros compensatórios, em se tratando de ação de desapropriação indireta pelo fato de ter sido imposta limitação administrativa ao uso da propriedade, o*

que ocasionou a imposição de indenização, devem ser contados a partir da data da imissão na posse do imóvel desapropriado. Precedentes desta Corte Superior.

4. Aplicação das Súmulas 69, 113 e 114, do STJ, e 164, do STF. (AGA n. 569.842/RS, rel. Min. José Delgado, DJ 7-6-2004, grifo nosso).

Também:

DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA — JUROS COMPENSATÓRIOS – TERMO *A QUO* : DATA DA OCUPAÇÃO. SÚMULA 114/STJ. PRECEDENTES DESTA CORTE.

Recurso especial provido (REsp. n. 442.316–RS, rela. Mina. Eliana Calmon, j. em 27-4-2004).

No caso dos autos, o douto Togado monocrático considerou, equivocadamente, a data de confecção do laudo como a devida para início de incidência dos juros compensatórios, isso porque, nos termos retromencionados, mesmo que levados em consideração os valores atualizados da indenização, devido será o início de incidência desses juros desde a data de ocupação do imóvel pela Administração.

Todavia, em que pese essa afirmação, é importante apontar que, relativamente à quantia devida a título de indenização pela desapropriação da Avenida Beira-Rio, não há alterar a sentença proferida, pois, igualmente nessa parte, não existe recurso apelatório, o que acarretaria, acaso modificada, verdadeira *reformatio in pejus* em sede de reexame necessário. Explica-se!

In casu, a perícia e o Togado bem apontaram que a ocupação das áreas ocorreu em dois momentos distintos, o primeiro referente à construção da Avenida Beira-Rio, que, conforme confissão efetivada pela própria Municipalidade (fl. 241), ocorreu em 23-1-1987, e o segundo quando alargada a Rua Varzeão, em 22-4-1998, conforme, igualmente, confessou a Municipalidade (fl. 210).

Se a sentença determinou a incidência dos juros compensatórios desde a elaboração do laudo, que se efetivou em setembro de 1997, a modificação dessa data relativamente à indenização devida pela construção da Avenida Beira-Rio para 23-1-1987 (data da ocupação) acarretaria prejuízo à Fazenda Pública sem, para tanto, haver recurso da parte interessada.

Doutra banda, relativamente à indenização devida pelo alargamento da Rua Varzeão, depreende-se dos autos que a ocupação da área ocorreu em 22-4-1998, ou seja, posteriormente à data indicada na sentença, do que a alteração do início de incidência dos juros compensatórios é devida.

Note-se que, como na presente decisão dividiu-se o início de incidência dos juros compensatórios em dois momentos distintos, é necessário apontar quais os valores que, para cada qual, deverão ser considerados.

A perícia bem apontou que a área objeto de indenização referente à Rua Varzeão abrangia a metragem de 779,02 m² (fl. 85), e a área remanescente refere-se à Avenida Beira-Rio (1.957,83 m²), do que, multiplicada a área da Rua Varzeão pelo valor do metro quadrado para os imóveis lá localizados, no importe de R\$ 82,97, chega-se à quantia de R\$ 64.635,28 (sessenta e quatro mil seiscientos e trinta e cinco reais e vinte e oito centavos), e, multiplicada a metragem da área relativa à Avenida Beira-Rio, qual seja, 1.957,83 m², pelo mesmo valor (R\$ 82,97), chega-se ao importe de R\$ 162,441,15, valores esses que fecham com o total devido indenizatório, de R\$ 227.076,44.

Todavia, seguindo a lógica indicada pelo Togado, não impugnada pelas partes, deste valor deve ser descontado o correspondente à valorização da área remanescente, calculada pela perícia no importe de R\$ 31.000,00.

Assim, sendo a área total desapropriada de 2.736,85 m², deve-se calcular quanto representa o valor de R\$ 31.000,00 sobre cada uma das áreas ora indenizadas.

Utilizando regra de três simples, chega-se à quantia de R\$ 22.176,13 para a Avenida Beira-Rio e à quantia de R\$ 8.823,87 para a área da Rua Varzeão.

Descontando essas quantias de cada uma das indenizações devidas (R\$1 62.441,15 e R\$ 64.635,28), chega-se ao importe de R\$ 140.265,02 para a área da Avenida Beira-Rio e de R\$ 55.811,42 para a da Rua Varzeão. Somando ambas estas quantias, o total indenizatório bate com o apontado pelo Togado, de R\$ 196.076,44.

Dito isso, há que analisar, agora, qual o percentual devido a título de juros compensatórios.

No concernente à taxa a ser aplicada a título de juros compensatórios, todavia, em sede de reexame necessário, há que modificar os percentuais e a data de início de contagem. A Súmula 618 do STF dispõe que, *“na desapropriação, direta ou indireta, a taxa dos juros compensatórios é de 12% (doze por cento) ao ano”*, percentual este adotado pelo douto Togado monocrático. Contudo, em 11-6-1997, foi editada a MP n. 1.577, cujo art. 3º estabeleceu que,

no caso de imissão prévia na posse, na desapropriação por necessidade ou utilidade pública e interesse social, inclusive para fins de reforma agrária, havendo divergência entre o preço ofertado em juízo e o valor da condenação, expressos em termos reais, incidirão juros compensatórios de seis por cento ao ano sobre o valor da diferença eventualmente apurada, a contar da imissão na posse.

Essa disposição foi praticamente reproduzida na MP n. 2.027-38, de 4-5-2000, que introduziu no Decreto-Lei n. 3.365/41 o art. 15-A, cujo teor é o seguinte:

Art. 15-A. No caso de imissão prévia na posse, na desapropriação por necessidade ou utilidade pública e interesse social, inclusive para fins de reforma agrária, havendo divergência entre o preço ofertado em juízo e o valor do bem, fixado na sentença, expressos em termos reais, incidirão juros compensatórios de até seis por cento

ao ano sobre o valor da diferença eventualmente apurada, a contar da imissão na posse, vedado o cálculo de juros compostos.

§ 1º Os juros compensatórios destinam-se, apenas, a compensar a perda de renda comprovadamente sofrida pelo proprietário.

§ 2º Não serão devidos juros compensatórios quando o imóvel possuir graus de utilização da terra e de eficiência na exploração iguais a zero.

§ 3º O disposto no *caput* deste artigo aplica-se também às ações ordinárias de indenização por apossamento administrativo ou desapropriação indireta, bem assim às ações que visem a indenização por restrições decorrentes de atos do Poder Público, em especial aqueles destinados à proteção ambiental, incidindo os juros sobre o valor fixado na sentença.

§ 4º Nas ações referidas no § 3º, não será o Poder Público onerado por juros compensatórios relativos a período anterior à aquisição da propriedade ou posse titulada pelo autor da ação.

A MP n. 2.027-43/2000, contudo, foi objeto de medida liminar, nos autos da ADInMC n. 2.332-DF, Pleno, Min. *Moreira Alves*, DJ de 13-9-2001. O STF, na decisão, com relação ao dispositivo ora em exame, (a) deferiu a suspensão da expressão “de até seis por cento ao ano”, do *caput* do art. 15-A; (b) concedeu liminar para dar à parte final do *caput* do art. 15-A interpretação conforme à Constituição no sentido de que a base de cálculo dos juros compensatórios será a diferença eventualmente apurada entre 80% do preço ofertado em juízo e o valor do bem fixado na sentença; (c) deferiu a suspensão cautelar dos §§ 1º, 2º e 4º do art. 15-A. Com isso, ficou restabelecida a legislação anterior, que prevê juros no percentual de 12% (Súmula 618/STF).

Uniformizando a matéria, a 1ª Seção do STJ, no julgamento do REsp. n. 437.577, relator Min. Castro Meira, na sessão realizada em 8-2-2006, assentou o entendimento de que os juros compensatórios devem incidir à taxa de 6% (seis por cento) ao ano, de 11-6-1997, data em que foi editada a Medida Provisória 1.577, até 13-9-2001, quando foi publi-

cada decisão do STF na ADInMC n. 2.332-DF. Para os demais períodos sujeitos à incidência dos juros compensatórios, permanece o percentual de 12% (doze por cento) ao ano.

Nesse sentido, trago à colação recente precedente daquela egrégia Corte que ilustra com propriedade o entendimento:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. DESAPROPRIAÇÃO PARA FINS DE REFORMA AGRÁRIA. LAUDO PERICIAL ELABORADO POR ENGENHEIRO CIVIL. MATÉRIA PRECLUSA. REDUÇÃO DA INDENIZAÇÃO FIXADA E DA VERBA HONORÁRIA. MATÉRIA DE PROVA. SÚMULA 7/STJ. JUROS COMPENSATÓRIOS. IMÓVEIS IMPRODUATIVOS. INCIDÊNCIA. MP N. 1.577/97 E REEDIÇÕES. APLICABILIDADE ÀS SITUAÇÕES POSTERIORES ÀS SUAS RESPECTIVAS VIGÊNCIAS. JUROS MORATÓRIOS. APLICAÇÃO DA LEI VIGENTE AO TEMPO DO TRÂNSITO EM JULGADO. ART. 15-B DO DECRETO-LEI 3.365/41, INSERIDO PELA MP N. 1.901-30/99.

[...]

7. A Primeira Seção desta Corte, na assentada do dia 8-2-2006, encerrou o julgamento do REsp. n. 437.577/SP, de relatoria do eminente Ministro Castro Meira, adotando o entendimento, à luz do princípio tempus regit actum, de que: (a) as alterações promovidas pela MP n. 1.577/97, sucessivamente reeditada, não alcançam as situações já ocorridas ao tempo de sua vigência; (b) para as situações posteriores à vigência das referidas medidas provisórias devem prevalecer as novas regras ali definidas, até a publicação do acórdão proferido no julgamento da MC na ADIn n. 2.332-2/DF (13-9-2001), que suspendeu, dentre outras coisas, a eficácia da expressão “de até seis por cento ao ano”, contida no art. 15-A do Decreto-Lei n. 3.365/41.

8. Na desapropriação direta, os juros compensatórios são devidos desde a antecipada imissão na posse e, na desapropriação indireta, a partir da efetiva ocupação do imóvel, nos exatos termos da Súmula 69/STJ. A data da imissão na posse, no caso da desapropriação direta, ou a ocupação, na indireta, deverá, portanto, ser posterior à vigência da MP n. 1.577/97 para que as novas regras ali definidas, em relação aos juros compensatórios, sejam aplicáveis.

9. Ajuizada a ação em setembro/1997, e efetivada a imissão na posse em abril/1998, quando já vigia a MP n. 1.577/97, publicada no DOU de 12-6-1997, incide, na hipótese, o novo percentual dos juros compensatórios de que trata o art. 15-A do Decreto-Lei 3.365/41, inserido por intermédio das mencionadas medidas provisórias, desde a imissão na posse até a decisão proferida no julgamento da MC na ADIn n. 2.332-2/DF (13-9-2001). A partir daí, volta a incidir, em consequência da suspensão da sua eficácia com efeitos *ex nunc*, o percentual de 12% ao ano, a teor do disposto na Súmula 618/STF, assim redigida: “Na desapropriação, direta ou indireta, a taxa dos juros compensatórios é de 12% (doze por cento) ao ano” (REsp. n. 725.287/AL, rela. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 2-5-2006, DJ 25-5-2006, p. 165, grifo nosso).

Desta feita, no caso dos autos, os juros compensatórios devem incidir no percentual de 6% ao ano no período compreendido entre a data da ocupação da Rua Varzeão (22-4-1998) e 13-9-2001, quando foi publicado o acórdão proferido no julgamento da MC na ADIn n. 2.332-2/DF, que suspendeu, dentre outras coisas, a eficácia da expressão “de até seis por cento ao ano”, contida no art. 15-A do Decreto-Lei n. 3.365/41, e, a partir dali, continua o percentual de 12% ao ano fixado pelo douto Togado monocrático.

Igualmente, deve incidir o percentual de 6% ao ano no período compreendido entre a data da realização do laudo pericial (setembro/1997) e 13-9-2001, sob os mesmos fundamentos acima indicados e, a partir dali, o percentual de 12% ao ano.

Assim, neste tópico, dá-se provimento ao reexame necessário para que os juros compensatórios, relativamente à área desapropriada pela construção da Avenida Beira-Rio, no importe de R\$ 140.265,02, incidam no percentual de 6% ao ano entre a data da perícia (2-9-1997) e 13-9-2001 e, a partir desta data, seja observado o percentual de 12% ao ano, e, relativamente à área desapropriada pela construção da Rua Varzeão, no importe indenizatório de R\$ 55.811,42, incidam no percentual de 6%

ao ano entre a data da ocupação desta área (22-4-1998) e 13-9-2001 e, a partir desta data, seja observado o percentual de 12% ao ano.

b) juros moratórios

No tópico em comento, observa-se que o douto Togado monocrático condenou o município de Joinville ao pagamento de juros moratórios sobre o valor a ser indenizado, no percentual de 6% ao ano e com início de incidência do trânsito em julgado da decisão, nos termos da Súmula 70 do STJ.

Todavia, em que pese o equivocado início de incidência dos juros moratórios, ele não poderá ser modificado, sob pena de, igualmente aqui, cometer-se *reformatio in pejus* em desfavor da Fazenda Pública, em sede de reexame necessário.

É consabido que, em sede de desapropriação, os juros moratórios devem incidir, nos moldes estabelecidos pelo art. 15-B do Decreto-Lei n. 3.365/41, a partir de 1º de janeiro do exercício seguinte àquele em que o pagamento deveria ser feito, nos termos do art. 100 da Constituição Federal.

Nesse sentido, colhe-se na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. DESAPROPRIAÇÃO DIRETA. JUROS COMPENSATÓRIOS. MP N. 1.577/97 É REEDIÇÕES. INAPLICABILIDADE ÀS SITUAÇÕES JÁ CONSOLIDADAS. JUROS MORATÓRIOS. APLICAÇÃO DA LEI VIGENTE AO TEMPO DO TRÂNSITO EM JULGADO. ART. 15-B DO DECRETO-LEI N. 3.365/41, INSERIDO PELA MP N. 1.901-30/99. INCIDÊNCIA DOS JUROS MORATÓRIOS SOBRE OS COMPENSATÓRIOS. SÚMULA 102/STJ.

1. A Primeira Seção desta Corte, na assentada do dia 8-2-2006, encerrou o julgamento do REsp. n. 437.577/SP, de relatoria do eminente Ministro Castro Meira, adotando o entendimento, à luz do princípio *tempus regit actum*, de que: (a) as alterações promo-

vidas pela MP 1.577/97, sucessivamente reeditada, não alcançam as situações já ocorridas ao tempo de sua vigência; (b) para as situações posteriores à vigência das referidas medidas provisórias devem prevalecer as novas regras ali definidas, até a publicação do acórdão proferido no julgamento da MC na ADIn n. 2.332-2/DF (13-9-2001), que suspendeu, dentre outras coisas, a eficácia da expressão “de até seis por cento ao ano”, contida no art. 15-A do Decreto-Lei n. 3.365/41.

[...]

5. *O art. 15-B do Decreto-Lei n. 3.365/41 determina a incidência dos juros moratórios a partir de 1º de janeiro do exercício seguinte àquele em que o pagamento deveria ser feito, nos termos do art. 100 da Constituição, orientação, inclusive, que se harmoniza com a mais recente jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no sentido de afastar a mora imputada à Fazenda Pública nas hipóteses em que o pagamento é realizado dentro das determinações constitucionalmente estabelecidas no art. 100 da CF/88 (regime de precatórios).*

6. *A obrigação de efetuar o pagamento da indenização, quando não for aceito o preço inicialmente ofertado, nasce com o trânsito em julgado da sentença, a partir de quando a Fazenda Pública passa a incidir em mora. A lei aplicável, portanto, no que tange ao termo inicial de incidência dos juros moratórios, é a vigente nesse momento.*

7. Deve-se ressaltar, tão-somente, que a primeira medida provisória — decorrente de reedição da MP n. 1.577/97 — a introduzir o art. 15-B na redação do Decreto-Lei n. 3.365/41, relativamente ao termo inicial para a incidência dos juros moratórios, foi a MP n. 1.901-30/99, publicada no Diário Oficial de 27 de setembro de 1999, e não a MP n. 1.577/97.

8. “A incidência dos juros moratórios sobre os compensatórios, nas ações expropriatórias, não constitui anatocismo vedado em lei” (Súmula 102/STJ).

9. Recurso especial parcialmente provido (REsp. n. 620.608/RS, rela. Mina. Denise Arruda, julgado em 4-4-2006, DJ 24-4-2006, grifo nosso).

Assim, ante a impossibilidade de alteração deste tópico da sentença, por ausência de recurso da parte interessada, nega-se provimento ao reexame nesta parte.

c) correção monetária

O douto Togado, ao sentenciar, determinou a incidência de correção monetária desde a confecção do laudo pericial, todavia deixou de fixar o índice devido.

Efetivamente, a correção monetária, em consonância com o manifestado no egrégio Superior Tribunal de Justiça, deve incidir a partir do laudo pericial. Se não veja-se: “A correção monetária constitui mera recomposição do valor da moeda corroído pelo processo inflacionário, devendo incidir a partir do laudo pericial” (REsp. n. 838.058/PI, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. em 21-6-07).

Quanto ao índice de correção monetária, todavia, deve ser desde logo indicado, isso para que na liquidação da sentença não haja controvérsias neste particular.

Assim, em sede de reexame, fixa-se o índice de correção monetária, na linha de entendimento desta colenda Primeira Câmara de Direito Público, com base nos índices do INPC. A esse respeito, veja-se a Apelação Cível n. 2007.042839-5, deste relator, julgada em 7-12-07.

Igualmente, aliás:

CORREÇÃO MONETÁRIA, SEGUNDO O ÍNDICE FORNECIDO PELA DOUTA CORREGEDORIA-GERAL DA JUSTIÇA, QUE É DEVIDA.

[...]

O valor indenizatório sofrerá a incidência da correção monetária, aplicando-se os índices fornecidos pela Corregedoria-Geral de Justiça do Estado (Ap. Cív. n. 2006.024711-8, de Presidente Getúlio, rel. Des. Jânio Machado, j. em 11-3-08).

Na mesma linha o julgamento da Apelação Cível n. 2007.005959-2, de Mondaí, em que foi relatora a Des. Subst. Sônia Maria Schmitz.

Desse modo, dá-se provimento ao reexame no presente tópico para fixar a incidência de correção monetária com base nos índices do INPC.

d) despesas e custas processuais

É de ressaltar que, nos casos em que vencida a Fazenda Pública, a isenção de custas processuais é medida que se impõe, nos termos do art. 35, *i*, da Lei Complementar Estadual n. 156/97, com a redação dada pela LC n. 161/97, medida esta adotada pelo douto Togado monocrático e que, por certo, deve ser mantida.

Destaque-se, entretanto, que, em que pese a sentença ser omissa no concernente à condenação de qualquer das partes do pagamento das despesas com a perícia realizada, este Juízo deverá sobre ele manifestar-se para que, assim, não seja postergada essa discussão para a fase de liquidação da sentença.

É necessário afirmar, *ab initio*, que essa matéria deve obrigatoriamente ser apreciada, mesmo que *ex officio*, pois é consabido que inclusa no pedido condenatório realizado pela autora no ingresso da demanda, não abrangida, ademais, pela isenção da Fazenda Pública ao pagamento das custas processuais. Nesse desiderato: “A isenção das custas processuais não desonera o Município do pagamento das despesas relativas à perícia realizada em ação de indenização por desapropriação indireta” (Ap. Cív. n. 2007.042030-6, de Balneário Camboriú, rel. Juiz Jânio Machado, j. em 4-3-08).

Assim, como houve a condenação do réu ao pagamento da verba indenizatória pedida, julgado, então, procedente o pedido formulado, nada mais justo que condená-lo ao pagamento da integralidade das despesas periciais, *in casu* antecipado pela autora e no importe de R\$ 2.000,00.

Note-se que *ex officio* dever-se-á assim proceder para que não se postergue para a fase de liquidação do julgado uma questão que poderá agora ser devidamente solucionada.

Assim, condena-se o município de Joinville ao pagamento das despesas processuais.

e) honorários advocatícios

O douto Togado monocrático, ao sentenciar, condenou o réu ao pagamento de honorários advocatícios, estes arbitrados no percentual de 10% sobre o valor atualizado da condenação.

Todavia, em sede de reexame necessário há que, igualmente, reformar esta parte da sentença, isso porque a matéria relativa aos honorários advocatícios nas desapropriações é regulada por lei específica, e, como é cediço, nesses casos aplica-se a lei especial em detrimento das determinações de caráter geral do Código de Processo Civil.

No caso dos autos, incidem os limites percentuais traçados no art. 27, §§ 1º e 3º, do DL n. 3.365/41, com a redação dada pela MP n. 1.997-37, de 11-4-2000, nos seguintes termos:

§ 1º A sentença que fixar o valor da indenização quando este for superior ao preço oferecido condenará o desapropriante a pagar honorários do advogado, *que serão fixados entre meio e cinco por cento do valor da diferença*, observado o disposto no § 4º do art. 20 do Código de Processo Civil, não podendo os honorários ultrapassar R\$ 151.000,00 (cento e cinquenta e um mil reais).

[...]

§ 3º O disposto no §1º deste artigo se aplica:

[...]

II — às ações de indenização por apossamento administrativo ou desapropriação indireta (Grifo nosso).

Acerca da incidência, no presente caso, das disposições da legislação especial retromencionada em detrimento das disposições do Código de Processo Civil, aliás, o colendo Superior Tribunal de Justiça assim já se manifestou:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO – EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA – ADMISSIBILIDADE – DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – ART. 27, § 1º, DO DEC. LEI N. 3.365/41 – APLICAÇÃO DA LEI EM VIGOR NA DATA DA SENTENÇA.

1. A ausência de indicação de aresto paradigma prejudica o conhecimento de tese defendida em sede de embargos de divergência. Inteligência do art. 266, § 1º, do RISTJ.

2. A sucumbência rege-se pela lei vigente à data em que foi proferida a sentença. Precedentes.

3. O art. 27, § 1º, do Decreto-Lei n. 3.365/41, alterado pela MP n. 2.183-56/2001, encontra aplicação em sede de desapropriação indireta.

4. Embargos de divergência conhecidos em parte e, nessa parte, não providos (REsp. n. 680.923/MG, rela. Mina. Eliana Calmon, j. em 28-11-07).

PROCESSUAL CIVIL. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULAS 211/STJ E 282/STF. *DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. DECRETO-LEI N. 3.365/41, COM A REDAÇÃO DADA PELA MP N. 2.027-38 E SUAS REEDIÇÕES.* SÚMULA 83/STJ.

[...]

3. *A Medida Provisória n. 1.997-37, de 11-4-00, reeditada por último sob o n. 2.183-56, de 24.08.01, estabeleceu, no art. 27, que o percentual de verba de honorários de advogado não pode ultrapassar 5% da base de cálculo já consagrada. Precedentes da Turma (REsp. n. 815.229/SP, rel. Min. Castro Alves, j. em 8-5-07, grifo nosso).*

Igual posicionamento, aliás, é adotado por esta colenda Câmara de Direito Público, a qual, no julgamento da Apelação Cível n. 2007.042839-5, desta relatoria, assim já se pronunciou:

ÔNUS SUCUMBENCIAIS – CONDENAÇÃO DA AUTARQUIA – CUSTAS PROCESSUAIS – ISENÇÃO — HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS — APLICAÇÃO DO ART. 27, §1º DO DECRETO-LEI 3.365/41 – EXEGESE DO § 3º DO MESMO DISPOSITIVO.

Os critérios para a fixação de honorários advocatícios em ações de desapropriação, previstos no § 1º do art. no art. 27 do DL n. 3.365/41, são também aplicáveis às hipóteses de desapropriação indireta, conforme determina o § 3º do mesmo artigo, introduzido pela MP n. 2.109-53, de 27-12-2000 (reeditada sob o n. 2.183-56, em 24-8-2001).

Dito isso, em sede de reexame, há que ser modificada a verba honorária ante o fato de o patamar máximo a incidir ser o de 5% e, *in casu*, o Togado ter fixado o percentual de 10% sobre o valor da condenação.

Assim, relativamente ao *quantum* da verba honorária, merece ressaltar que, embora a matéria seja regulada por lei específica, não se devem perder de mira os parâmetros estabelecidos pelo Código de Processo Civil para a fixação dessa verba, notadamente as alíneas *a*, *b* e *c* do § 3º do art. 20 do CPC.

É certo que não pode a verba honorária ser fixada em valor excessivamente modesto, sob pena de aviltar-se o trabalho efetuado pelo advogado, nem demasiadamente elevado, uma vez que oneraria os cofres públicos e, conseqüentemente, a comunidade como um todo.

De outra banda, também é conveniente notar que, embora a indenização sobre a qual versam os autos não tenha atingido valor considerável, a matéria em debate não possui grande complexidade.

Assim, fixa-se a verba honorária em 5% do valor da condenação, autorizada a conclusão de que o grau de zelo e responsabilidade do patrono da expropriada está condignamente remunerado com o percentual máximo fixado na legislação de regência.

Nesses termos, é de dar-se provimento parcial à remessa necessária para: a) fixar os juros compensatórios relativos ao valor da área desapropriada pela construção da Avenida Beira-Rio no percentual de 6% ao ano entre a data da perícia (2-9-1997) e 13-9-2001, e, a partir desta data, seja observado o percentual de 12% ao ano, e, relativamente ao valor da área desapropriada pela construção da Rua Varzeão, no percentual de 6% ao ano entre a data da ocupação desta área (22-4-1998) e 13-9-2001, e, a partir desta data, seja observado o percentual de 12% ao ano; b) fixar a correção monetária tomando como base os índices do INPC; c) condenar o Município ao pagamento de honorários advocatícios no percentual de 5% do valor da condenação; por fim, *ex officio*, condenar o Município ao pagamento das despesas processuais.

DECISÃO

Ante o exposto, por votação unânime, dá-se provimento parcial à remessa necessária para: a) fixar os juros compensatórios relativos ao valor da área desapropriada pela construção da Avenida Beira-Rio no percentual de 6% ao ano entre a data da perícia (2-9-1997) e 13-9-2001, e, a partir desta data, seja observado o percentual de 12% ao ano, e, relativamente ao valor da área desapropriada pela construção da Rua Varzeão, no percentual de 6% ao ano entre a data da ocupação desta área (22-4-1998) e 13-9-2001, e, a partir desta data, seja observado o percentual de 12% ao ano; b) fixar a correção monetária tomando como base os índices do INPC; c) condenar o Município ao pagamento de honorários advocatícios no percentual de 5% do valor da condenação; por fim, *ex officio*, condenar o Município ao pagamento das despesas processuais.

O julgamento, realizado no dia 10 de junho de 2008, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Vanderlei Romer, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Subst. Paulo Henrique Moritz Martins da Silva. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. André Carvalho.

Florianópolis, 11 de junho de 2008.

Sérgio Roberto Baasch Luz
RELATOR

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

AGRAVO DE INSTRUMENTO

Agravo de Instrumento n. 2007.024023-4, de Brusque

Relatora: Desa. Subst. Sônia Maria Schmitz

SAÚDE PÚBLICA. DIREITO CONSTITUCIONAL SOCIAL E FUNDAMENTAL. FORNECIMENTO DE REMÉDIO EXCEPCIONAL. HIPOSSUFICIÊNCIA.

A ausência de demonstração da hipossuficiência financeira impede a concessão da antecipação dos efeitos da tutela para fornecimento de medicamento não padronizado, uma vez que, em tese, o dever irrestrito de garantia à saúde restringe-se às políticas públicas integradas ao sistema, não fora dele. Fármacos excepcionais e de alto custo reclamam, para serem distribuídos, a comprovação daquela circunstância.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 2007.024023-4, da comarca de Brusque (2ª Vara), em que é agravante L. T. E. Z., assistida por seu pai, N. E. Z., e agravados o Estado de Santa Catarina e outro:

ACORDAM, em Terceira Câmara de Direito Público, por votação unânime, conhecer do recurso e desprovê-lo. Custas na forma da lei.

RELATÓRIO

L. T. E. Z., assistida por seu pai, N. E. Z., interpôs agravo de instrumento contra decisão que, nos autos de Ação Ordinária n. 011.06.001555-2, indeferiu a antecipação de tutela para fornecimento de medicamento, ao argumento de possuir a agravante condições financeiras para custear o tratamento. Sustentando tratar-se de direito constitucional social independente da classe social, pugnou pela suspensão do *decisum* e, a final, pelo provimento do agravo (fls. 2-14).

Negada a carga almejada (fls. 127-131), com as contra-razões (fls. 134-137), a Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo conhecimento e desprovimento do recurso (fls. 142-148).

VOTO

É certo que a Constituição da República, no art. 6º, estabelece ser a saúde direito social de todo e qualquer cidadão brasileiro, sem distinção de cor, sexo, religião, classe social etc., e prevê, incisivamente, no seu art. 196, reproduzido pela Carta Estadual no art. 153, que:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Convergindo neste prisma, a Lei n. 8.080/90, dispondo sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, bem como sobre a organização e o funcionamento dos serviços a ela correspondentes, ratifica o direito fundamental à assistência terapêutica e a responsabilidade do Estado nesse mister; acresce, contudo, que tal encargo “*não exclui o das pessoas, da família, das empresas e da sociedade*” (§ 2º, art. 2º).

Deveras, as mazelas decorrentes desse bem jurídico constituem fenômeno social, e o abrandamento e a supressão dessas dependem de

ação da sociedade em geral, aí incluídos os entes familiares (art. 198, III, CRFB).

Daí concluir que a responsabilidade do Estado na promoção da saúde é irrestrita apenas naquilo que se refere às políticas públicas integradas ao Sistema Único de Saúde, e, conforme sustentado pelo Exmo. Sr. Des. Luiz César Medeiros, na sessão de julgamento, “nas situações excepcionais, ou seja, naquelas em que o tratamento exige medicamento não padronizado pelo poder público, depende da condição financeira do paciente”.

Pois bem. Na hipótese, sobressai dos documentos de fls. 32-38 que a agravante é portadora de Diabetes Mellitus Tipo I e necessita dos medicamentos “Insulina Novrapid”, “Glicosímetro”, “Bomba de Infusão de Insulina” e tiras reagentes para aparelho “One Touch Ultra”, que não constam dos protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas estatal, para o tratamento de sua moléstia.

De outro lado, infere-se que a condição financeira dos representantes da adolescente indica, por ora, a possibilidade de custear os medicamentos, já que, como anotado nas contestações e não rebatido na réplica (fls. 61 e 67), ambos atuam na carreira médica, da qual, supõe-se, auferem renda suficiente à manutenção da saúde de sua família.

Aliás, na oportunidade para deconstituir as alegações do Estado e do município de Brusque no tocante à sua suficiência financeira, a agravante limitou-se a defender a socialização do direito à saúde.

Ora, a antecipação dos efeitos da tutela requer, além do perigo de dano irreparável, prova inequívoca da verossimilhança da alegação.

Nesse particular, dispõe o art. 273 do CPC:

O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:

I – haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação;
ou

II – fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

Humberto Theodoro Júnior, a propósito, elucida:

Prova inequívoca é aquela clara, evidente, que apresenta grau de convencimento tal que a seu respeito não se possa levantar dúvida razoável, equivalendo, em última análise, à verossimilhança de alegação, mormente no tocante ao direito subjetivo que a parte queria preservar.

Assim, pode-se ter como verossímil o receio de dano grave que decorra de fato objetivamente demonstrável e não de simples receio subjetivo da parte. O mesmo critério de verossimilhança aplica-se à aferição do abuso do direito de defesa. E como prova inequívoca do direito requerente, deve-se ter aquela que lhe asseguraria sentença de mérito favorável, caso tivesse a causa de ser julgada no momento da apreciação do pedido de medida liminar autorizada pelo novo art. 273. Por se tratar de antecipação de tutela satisfativa da pretensão de mérito, exige-se, quanto ao direito subjetivo do litigante, prova mais robusta do que o mero *fumus boni iuris* das medidas cautelares (não satisfativas) (*Código de processo civil anotado*. 2. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 124-125).

Sobre o fornecimento gratuito de medicamento pelo Estado a pessoas carentes, o Supremo Tribunal Federal já consagrou:

O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, *caput*, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF (RE – AgR. n. 393175/RS, rel. Min. Celso de Mello, DJU 2-2-07).

E desta Corte colhe-se:

Sendo a saúde direito de todos e dever do Estado, não pode o Poder Público eximir-se de prestar a integral e universal assistência à manutenção da vida e integridade psíquica de seus cidadãos.

Comprovando-se a doença e a impossibilidade financeira do requerente arcar com os custos dos medicamentos que necessita, não pode o Estado negar o seu fornecimento (AI n. 2005.036761-3, de São Lourenço do Oeste, rel. Des. Cid Goulart).

Portanto, ausente aquele requisito — de hipossuficiência, quer da agravante, quer dos seus progenitores —, resulta obstaculizada a antecipação dos efeitos da tutela.

Não se descarta, ademais, que a análise do agravo de instrumento está restrita ao acerto ou desacerto do ato judicial hostilizado, evitando-se maiores incursões sobre o mérito da causa, sob pena de supressão de instância.

Diante do exposto, vota-se pelo conhecimento e desprovimento do recurso.

DECISÃO

Nos termos do voto da Relatora, a Terceira Câmara de Direito Público, decide por unanimidade, conhecer do recurso e desprovê-lo.

O julgamento, realizado no dia 26 de fevereiro de 2008, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Luiz César Medeiros, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Rui Fortes. Lavrou parecer o Procurador de Justiça Jacson Corrêa.

Florianópolis, 29 de maio de 2008.

Sônia Maria Schmitz
RELATORA

APELAÇÕES CÍVEIS

Apelação Cível n. 2005.025955-0, da Capital

Relator: Des. Subst. Jânio Machado

APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS. OBRA MUNICIPAL DE AMPLIAÇÃO DE VIA PÚBLICA. RETIRADA DE TERRA DA MARGINAL QUE SUSTENTAVA MURO DE PARTICULAR, QUE CAUSOU DESLIZAMENTOS E RUÍNA DA EDIFICAÇÃO. NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE A AÇÃO DOS AGENTES DO PODER PÚBLICO E O PREJUÍZO SUPOSTO PELO PARTICULAR BEM EVIDENCIADO. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO MUNICÍPIO. ARTIGO 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR. CORREÇÃO MONETÁRIA. TERMO INICIAL: SÚMULA 43 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. JUROS DE MORA. TAXA DE 6% (SEIS POR CENTO) AO ANO NA VIGÊNCIA DO CÓDIGO CIVIL DE 1916. APLICAÇÃO DA TAXA SELIC NA VIGÊNCIA DO ATUAL CÓDIGO CIVIL, QUE ABRANGE A CORREÇÃO MONETÁRIA E OS JUROS DA MORA. POSIÇÃO DA CÂMARA FEITA A RESSALVA DO PONTO DE VISTA PESSOAL DO RELATOR. IMPOSSIBILIDADE DO REEXAME DA MATÉRIA EM PREJUÍZO DA FAZENDA PÚBLICA. SÚMULA 45 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. OMISSÃO NA SENTENÇA. AUSÊNCIA DE RECURSO DO PREJUDICADO. DEVER DE O TRIBUNAL EXAMINAR A MATÉRIA, AINDA QUE DE OFÍCIO, A FIM DE EVITAR DESNECESSÁRIA INSTAURAÇÃO DE INCIDENTE NA FASE DE CUMPRIMENTO DA SENTENÇA OU, AINDA, REMETER O INTERESSADO À NOVA AÇÃO. DIREITO À PERCEPÇÃO DOS HONORÁRIOS PELO LITIGANTE VENCEDOR.

1. Por força de disposição constitucional, o Poder Público responde de forma objetiva pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros; para isso basta a demonstração do dano e do nexo de causalidade.

2. A correção monetária, em ação de reparação de danos contra a Fazenda Pública, incide a partir da data em que ocorreu o efetivo prejuízo.

3. Os juros da mora deveriam ser contados da data do evento, nos termos da Súmula 54 do Superior Tribunal de Justiça. Mas se a decisão determinou a incidência a contar da data da citação judicial e o litigante ficou inerte, mantém-se a situação para que, em sede de reexame necessário, o Tribunal não acabe agravando a situação da Fazenda Pública, em atenção ao disposto na Súmula 45 do Superior Tribunal de Justiça.

4. A Câmara entende que, após o advento do atual Código Civil, faz-se uso da Taxa Selic como fator de atualização monetária, que engloba os juros moratórios.

5. Os honorários advocatícios serão pagos pelo litigante vencido, por força de expressa imposição legal. E, se omissa a sentença, ainda que não interpostos embargos de declaração ou mesmo apelação cível, nada impede que a Câmara, de ofício, assim o determine, providência adotada em observância restrita aos princípios da instrumentalidade e da economia processual. Nem haveria sentido em adotar-se procedimento diverso se a verba apresenta-se indiscutível e a remessa do interessado à via própria importaria, sim, em inescusável prejuízo ao Estado, aí compreendidos a Fazenda Municipal e o Judiciário. Aquela, porque teria de suportar o pagamento de nova condenação a honorários advocatícios. Este, porque teria sob seu encargo um outro processo, que inflaria os já angustiantes dados estatísticos.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2005.025955-0, da comarca da Capital (1ª Vara da Fazenda), em que é apelante o município de Florianópolis, e apelado o Condomínio Itamaracá:

ACORDAM, em Terceira Câmara de Direito Público, por unanimidade, negar provimento ao recurso voluntário e ao reexame necessário e, de ofício, fixar os honorários advocatícios em 10% (dez por cento) do valor da condenação. Custas legais.

RELATÓRIO

Condomínio Itamaracá ajuizou ação de reparação de danos contra o município de Florianópolis sob o fundamento de que, no mês de julho de 1998, em virtude das obras de alargamento da via pública situada nos fundos da sua propriedade, houve a retirada de terra que formava o talude de sustentação do muro divisório, que o fez ruir em parte, com risco iminente de desabamento, o que provocou o deslizamento e rebaixamento do piso do pátio interno. Em razão da seriedade do prejuízo causado e da negativa do Município em ressarcir-lo de forma amigável, realizou por conta própria as obras de reparação, no valor de R\$ 6.780,00 (seis mil setecentos e oitenta reais), despesa essa da qual pretende ser reembolsado pelo Poder Público.

Citado (fls. 42-v.), o Município ofertou contestação (fls. 43-49), em que alegou a inexistência de comprovação do nexo de causalidade entre os danos descritos e a ação da Administração Pública. Alega, ainda, que o muro, aliás, “estava irregular, era antigo, mal acabado e estruturado” e “mais cedo ou mais tarde acabaria por ruir”, e não pode ser responsabilizado por evento natural. No mais, diz que as despesas contraídas com a reforma foram demonstradas de forma vaga e imprecisa, e que veio para os autos um único orçamento desacompanhado da nota fiscal.

O autor impugnou a contestação (fls. 51-56). Em especificação de prova (fl. 57), foram pleiteadas pelo Município a realização de perícia, inquirição de testemunhas e quebra do sigilo bancário e fiscal (fl. 59), e o autor requereu a ouvida de testemunhas (fls. 60-61). O representante do Ministério Público manifestou-se pelo deferimento das provas requeridas (fl. 62). O Magistrado, em despacho saneador, deferiu a prova testemunhal e designou audiência de instrução e julgamento (fl. 63).

Na audiência, sem êxito a conciliação, foram ouvidas 1 (uma) informante e 1 (uma) testemunha (fls. 69-70) e intimado o procurador do autor para exhibir os documentos comprobatórios do pagamento feito à empresa que realizou os reparos no imóvel (fotocópia da ata do condomínio que autorizou as despesas, balancete do mês, notas fiscais e extratos bancários que constam os descontos dos cheques) (fl. 68). O autor juntou os documentos (fls. 71-81) e o Município ofertou manifestação (fls. 84-85).

Após a vista dos autos pelo Ministério Público, que disse da ausência de interesse público a tutelar (fls. 86-96), o insigne Magistrado proferiu sentença de procedência para condenar o Município “a pagar ao autor o valor de R\$ 6.780,00, atualizado monetariamente a partir do dia 27-7-1998 e acrescido de juros a contar da citação” (fls. 97-100).

Os embargos de declaração interpostos pelo Município (fls. 106-107) foram acolhidos, a fim de suprir omissão na sentença sem alterar-lhe o resultado (fl. 108).

Inconformado, o Município interpôs recurso de apelação cível (fls. 112-117) e voltou a insistir na inexistência de comprovação do nexo causal entre o fato danoso e a construção da via pública, e da sua culpa em relação aos prejuízos alegados pelo autor.

O apelado apresentou resposta (fls. 121-127), e, com vista (fl. 130), a douta Procuradoria-Geral de Justiça devolveu os autos sem manifesta-

ção sobre o mérito do recurso (fls. 132-133), que vieram conclusos para julgamento.

VOTO

O recurso interposto não merece o acolhimento desta Corte, o que se faz pelas mesmas razões constantes da sentença recorrida, a seguir transcritas, com a vênia do digno Magistrado Domingos Paludo e com fulcro no art. 150 do Regimento Interno desta Corte:

Procede, por sem dúvida, o pedido indenizatório, pois do levantamento fotográfico, confirmado pela prova oral e, de resto, pelos dados incontrovertidos dos autos, o réu executou obras de abertura da rua Abel Capela, alcançando o muro do autor, que veio a ruir dias após.

A prova escrita fez certo o prejuízo suportado, pelos recibos de pagamento juntados aos autos.

O réu, é bem verdade, criticou o muro, que seria antigo e irregular e algum dia ruiaria, porém a assertiva não interfere com a solução do pleito, dado que o muro não ruiu mais dia, menos dia, mas em decorrência das escavações, que minaram as suas bases.

Impossível, diante da realidade, dissociar a ruína do muro, há tanto tempo edificado, das obras do réu, pois como se vê no levantamento fotográfico, principalmente a fls. 21-22, o réu acabou por minar as bases do muro, que por isso ruiu.

Já o réu em sua contestação, em momento algum, negou a realização da obra pública, preferindo imputar ao autor a culpa exclusiva pela ruína do muro, passo em que esbarrou na realidade de que o muro era antigo e somente após as obras é que veio a ruir, daí a inolvidável relação de causalidade entre o dano e seu ato.

Em jurisprudência, casos assim são resolvidos em desfavor de quem leva a cabo as obras de que decorrem os danos, como sirva de exemplo a seguinte ementa:

“NUNCIAÇÃO DE OBRA NOVA — JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE — CERCEAMENTO DE DEFESA INEXIS-

TENTE — DESABAMENTO DE MURO E DESMORONAMENTO PROVOCADO POR OBRAS DE TERRAPLANAGEM NO LOTE VIZINHO — CONDENAÇÃO NA RECONSTRUÇÃO DO MURO E REPOSIÇÃO DA TERRA — SENTENÇA MANTIDA — RECURSO DESPROVIDO.

“O julgamento antecipado da lide somente implica em cerceamento de defesa quando a necessidade da produção de prova em audiência ficar evidenciada, o que não ocorre se os aspectos decisivos da causa estão suficientemente demonstrados pela prova documental trazida pelas partes na fase postulatória.

“O responsável pela ruína do prédio vizinho, é obrigado a reconstituí-lo, deixando-o nas condições em que se encontrava antes do evento danoso” (Ap. Cív. n. 1998.016712-4, de Concórdia, relator Des. Sérgio Roberto Baasch Luz).

Os fundamentos do julgado, no que interessa, são os seguintes:

“É sabido que o direito de propriedade sofre limitações, dentre elas, a decorrente das relações de vizinhança. Assim é que o Código Civil estabelece, em seu art. 554, que o proprietário de um prédio pode impedir que o mau uso da propriedade vizinha possa prejudicar a segurança, o sossego e a saúde dos que o habitam.

“Também com relação às construções, o proprietário terá de observar o direito dos vizinhos, consoante prevêem os arts. 580 e seguintes, respondendo pelos danos que vier a ocasionar.

“No caso, o muro que cercava a propriedade dos autores estava construído há cinco anos, quando os requeridos iniciaram as obras de terraplanagem no terreno vizinho e, pelo que se pode observar claramente pelas fotografias de fl. 19, as escavações foram feitas muito próximo ao referido muro, tanto que parte da base do mesmo ficou exposta.

“Ora, ainda que o muro apresentasse alguma rachadura, como alegam os apelantes, não há dúvida que a queda foi causada pelas escavações, as quais retiraram suas bases, deixando-o sem sustentação uniforme.

“Diante do quadro apresentado, não é possível atribuir o desabamento à ocorrência de chuvas, posto que o muro estava construído há cinco anos e neste período certamente estas também ocorreram.

Ademais, era obrigação dos requeridos, ao iniciarem a obra, tomar as cautelas necessárias a prevenir a ocorrência do problema, inclusive levando em conta os eventos naturais comuns à região.

“A relação de causa e efeito existente entre a terraplanagem e a ruína do muro é tão evidente, que os próprios apelantes confessam que previram o desabamento, alegando que, antes de iniciarem as obras, procuraram os apelados para que fosse tomada alguma providência.

“Ocorre que era sua a obrigação de evitar que da obra que empreendia resultasse dano ao terreno vizinho. Não o fazendo, deve reparar o dano, consoante preceitua o art. 159, do Código Civil e art. 936, I, do Código de Processo Civil, reconstituindo o que ficou destruído.

“Acerca da função da ação de nunciação de obra nova, Humberto Theodoro Júnior assevera:

‘Permite a lei que, ao pedido nuclear dessa ação, se acrescente, se for o caso, o de *reconstrução*, modificação ou demolição da obra irregular, ou de cominação de pena para a eventualidade de inobservância do preceito, bem como o de condenação em perdas e danos (arts. 934 e 936)’ (grifei) (Curso de Direito Processual Civil, Rio de Janeiro, Forense, 2000, p. 148).

“Em caso semelhante, já se decidiu:

‘A ação de nunciação de obra nova compete também ao possuidor. Tendo este a posse velha incontestada de rua de acesso à sua propriedade, danificada por obras de terraplanagem no lote vizinho, e prejudicada nos fins a que se destinava, pode exigir o embargo da obra e que tudo seja repostado no estado anterior’ (Dicionário Jurisprudencial, de Dagma Paulino dos Reis, Ed. RT, 2. ed., p. 1.027).

“Nos termos do voto do relator, nega-se provimento ao recurso”.

Em outra ocasião, ainda o Tribunal de Justiça local:

“Direito de vizinhança. Obrigação de fazer. Obras realizadas para implantação da praça e estacionamento subterrâneo. Danos no imóvel contíguo. Código Civil, art. 544. Inspeção judicial eficiente. Honorários advocatícios. Recurso desprovido.

“Constatados os danos em passarela de acesso a prédio, que colocam em risco a segurança dos moradores, tem o condomínio o direito de exigir da empresa responsável pelas obras no imóvel vizinho, os necessários reparos para a integral recuperação do bem.

“Honorários advocatícios, fixados nos termos do art. 20, § 4º do CPC, mantidos ante o grau de zelo do profissional e a natureza da causa” (Ap. Cív. n. 1999.011870-3, da Capital, relator: Nelson Schaefer Martins).

Da fundamentação se colhe, de importante para a solução desta lide:

[...]

“O pedido do Condomínio autor encontra amparo na legislação de regência.

“O Código Civil, no seu artigo 544, estabelece que o proprietário ou inquilino de um prédio tem o direito de impedir que o mau uso da propriedade vizinha possa prejudicar a segurança, o sossego e a saúde dos que o habitam.

“J. M. CARVALHO SANTOS ensina que ‘a propriedade, no seu conceito moderno, está sujeita a restrições não só impostas pela utilidade pública e interesses da coletividade, mas também a outras, motivadas por interesses particulares, oriundas da solidariedade social’ (Código Civil Brasileiro Interpretado, Vol. VIII, pág. 5, 12. ed. 1977, Freitas Bastos, Rio).

“PONTES DE MIRANDA professa que ‘todo o proprietário pode exercer o direito de propriedade a seu libito, mas o exercício pode ser irregular, e tem-se abuso do direito, ou exceder linhas que o direito traçou a cada proprietário, levando em conta os interesses dos vizinhos. As limitações do direito de propriedade, baseadas em tais interesses, são limitações ao próprio conteúdo mesmo do direito de propriedade. Importa isso em dizer-se que se passam antes de qualquer exercício, no plano mesmo da técnica legislativa. Tais limitações ou são no sentido da vedação de omissões, como também no sentido de se limitarem atividades (positivas ou negativas) ou de se limitar o poder de exclusão [...]

‘Em princípio, o uso da propriedade é condicionado ao bem-estar social (= só se tutela a propriedade até onde ela não provoque, ou

não concorra para se estabelecer, ou persistir, ou agravar-se o mal social; Constituição de 1946, art. 147). Tratando-se de interesses particulares, ou protegidos privatisticamente, o proprietário ou possuidor de um prédio tem direito de impedir que o mau uso da propriedade vizinha possa prejudicar a segurança, o sossego ou a saúde dos que o habitam' (Tratado de Direito Privado, Tomo XIII, p. 299, 4. ed. 1983, RT, São Paulo) [...]”.

Não há, pois, como fugir ao acolhimento do pedido, pois bem demonstrado o liame entre a obra pública realizada e a queda do muro cuidando do valor do dano observe que o autor anexos aos autos, após audiência, comprovantes de despesas no valor total de R\$ 7.300,00, embora na petição inicial que os danos foram de R\$ 6.780,00, para tanto exibindo o orçamento de fls. 19, certamente executado de modo a melhorar o estado final da edificação como se compare a quadra de esportes exibida nas fotografias de fls. 26-27, como aquela de fls. 33-35.

O caso pede acolhimento do pedido inicial, para que não se imponha ao réu obrigação maior do que os danos efetivamente causados, ou, custear melhoramentos que o autor resolveu fazer no imóvel, com pinturas e aformoseamento.

Posto isto, JULGO PROCEDENTE o pedido formulado na inicial e condeno o réu a pagar ao autor o valor de R\$ 6.780,00, atualizado monetariamente a partir do dia 27-7-1998 e acrescido de juros a contar da citação (*sic*) (fls. 97-100).

Afinal, sabe-se bem que a responsabilidade da Administração Pública por prejuízos causados em decorrência da realização de obras públicas é objetiva, nos termos do § 6º do artigo 37 da Constituição Federal:

Art. 37 [...]

[...]

§ 6º — As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

A propósito, confira-se:

O *dano causado por obra pública* gera para a Administração a mesma responsabilidade objetiva estabelecida para os serviços públicos, porque, embora a obra seja um *fato administrativo*, deriva sempre de um *ato administrativo* de quem ordena sua execução. Mesmo que a obra pública seja confiada a empreiteiros particulares, a responsabilidade pelos danos oriundos do *só fato da obra* é sempre do Poder Público que determinou sua realização. O construtor particular de obra pública só responde por atos lesivos resultantes de sua imperícia, imprudência ou negligência na condução dos trabalhos que lhe são confiados. Quanto às lesões a terceiros ocasionadas pela obra em si mesma, ou seja, por sua natureza, localização, extensão ou duração prejudicial ao particular, a Administração Pública que a planejou responde objetivamente, sem indagação de culpa de sua parte. Exemplificando: se na abertura de um túnel ou de uma galeria de águas pluviais o *só fato da obra* causa danos aos particulares, por estes danos responde objetivamente a Administração que ordenou os serviços; se, porém, o dano é produzido pela imperícia, imprudência ou negligência do construtor na execução do projeto, a responsabilidade originária é da Administração, como *dona da obra*, mas pode ela haver do executor culpado tudo quanto pagou à vítima (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 665, grifado no texto original).

Assim, o Município responderá objetivamente pelos danos causados pelos seus prepostos, e basta que a vítima comprove o dano e o nexo de causalidade entre a conduta do agente e o evento danoso. O ente público só poderá eximir-se do dever de indenizar mediante a demonstração de causas excludentes da responsabilidade: culpa exclusiva da vítima ou de terceiro, caso fortuito ou força maior.

No caso concreto, verifica-se que o Ente Público não logrou êxito na comprovação de qualquer causa excludente de responsabilidade. Pelo contrário, está demonstrada a culpa do seu preposto que executou a obra sem tomar as cautelas necessárias para evitar o deslizamento de terra e a ruína do muro do autor, conforme ficou evidenciado nas fotografias exibidas às fls. 21-27.

A testemunha Sueli Alves Tomaz enfatizou a existência da relação de causalidade entre o dano alegado pelo autor e a conduta dos agentes da Administração Pública:

Que os fundos de sua residência dá para a rua que foi alargada e calçada pela Prefeitura; que o muro do condomínio autor estava amparado num barranco, que avançava em direção à antiga rua, e com o início das obras de alargamento, as máquinas da Prefeitura passaram a cavar o dito barranco; que era possível escutar a retroescavadeira batendo na base do muro; que a própria declarante conversou com um dos operários, o qual esteve em seu estabelecimento comercial, e perguntou sobre o problema da retroescavadeira estar batendo na base do muro, mas ele não respondeu nada, limitando-se a dizer que foi mandado para fazer o serviço; que parece que o condomínio autor tentou interromper a obra e até a polícia foi chamada ao local, mas a rua acabou sendo concluída; que logo depois disso choveu muito e a chuva acabou fazendo com que parte do muro desabasse; que a declarante esteve no local e pode perceber que parte da quadra de esportes, que fica junto ao muro, também sofreu danos; que para a necessária contenção, o condomínio contratou uma empresa para fazer uma base de concreto e reerguer o muro (fl. 70).

Então, se ficaram demonstrados o dano (fls. 21-27) e o nexo de causalidade em relação à conduta comissiva dos agentes do Município, incumbia a este último a obrigação de indenizar.

Se não, vejamos:

EMBARGOS INFRINGENTES – RESPONSABILIDADE CIVIL DO MUNICÍPIO – INUNDAÇÃO DE RESIDÊNCIA CONSTRUÍDA ABAIXO DO NÍVEL DA VIA PÚBLICA – PAVIMENTAÇÃO DE RUA REALIZADA PELO ENTE PÚBLICO COM ESCOAMENTO DE ÁGUA INSUFICIENTE – TUBULAÇÃO QUE ATRAVESSA O TERRENO INEFICAZ PARA CONTER A VAZÃO DAS CHUVAS — COMPROVAÇÃO POR PERÍCIA JUDICIAL – CONSTRUÇÃO DO IMÓVEL PERMITIDA PELO ENTE PÚBLICO – DANOS NA ESTRUTURA DA RESIDÊNCIA – RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO MUNICÍPIO CONFIGURADA – CONDENAÇÃO AO PAGAMENTO DOS DANOS MATERIAIS E MORAIS –

ACOLHIMENTO DO VOTO DISSIDENTE PELO GRUPO – EMBARGOS PROVIDOS.

A realização de obras de engenharia pelo Município é de sua inteira responsabilidade nos casos em que as aludidas obras resultarem danos a particulares. Assim, comprovado por prova técnica que a tubulação existente sob o terreno do administrado, conjugada com as obras de calçamento realizadas pelo ente público na rua que fica acima do imóvel, as quais foram procedidas sem a observância dos critérios técnicos adequados, não suportando devidamente a vazão das chuvas, ocasionando acúmulo de água e, conseqüentemente, infiltração, responde o Município pelos danos causados (Embargos Infringentes em Apelação Cível n. 2005.002694-4, de Lages, Grupo de Câmaras de Direito Público, relator o Des. Nicanor da Silveira, j. 13-9-2006. Disponível em: <<http://www.tj.sc.gov.br>>. Acesso em: 25 jun. 2008).

Ainda:

COBRANÇA. DESMORONAMENTO DE MURO DE PARTICULAR OCASIONADO POR OBRA REALIZADA PELA PREFEITURA. DEVER DE RESSARCIR OS PREJUÍZOS SUPOSTOS. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. INTELIGÊNCIA DO ART. 37, § 6º, DA CARTA MAGNA. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA BEM PRONUNCIADA. APELO E REMESSA DESPROVIDOS (Ap. Cív. n. 2007.022517-7, de Xanxerê, Primeira Câmara de Direito Público, relator o Des. Vanderlei Romer, j. em 18-6-2007. Disponível em: <<http://www.tj.sc.gov.br>>. Acesso em: 25 jun. 2008).

E, mais:

RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA — MUNICÍPIO — OBRA REALIZADA EM VIA PÚBLICA — DANO CAUSADO EM IMÓVEL PARTICULAR — INDENIZAÇÃO — OBRIGATORIEDADE — RECURSO DESPROVIDO — CUSTAS — ISENÇÃO — PROVIMENTO PARCIAL DA REMESSA.

1. O Município tem o dever de ressarcir os danos que seus servidores causarem a terceiros. A responsabilidade é objetiva (CF, art. 37, § 6º), e dela somente se exonera o Ente Público se provar que

o evento lesivo foi provocado pela própria vítima, por terceiro, caso fortuito ou força maior.

2. O Município está isento do pagamento das custas processuais (artigo 35, *h*, da Lei Complementar n. 156/97, *c/* redação da Lei Complementar n. 161/97) (Ap. Cív. n. 1998.006729-4, de Chapecó, Sexta Câmara Civil, relator o Des. Luiz César Medeiros, j. em 8-4-2002. Disponível em: <<http://www.tj.sc.gov.br>>. Acesso em: 25 jun. 2008).

O valor da indenização é aquele encontrado no orçamento de fl. 19 e no recibo de pagamento de fl. 39 que, apesar de único, não se mostrou abusivo, nem o Município trouxe prova de sua desconformidade com o valor que é usualmente praticado pelo mercado para a execução de obra semelhante.

Por último, a despeito do digno Julgador não ter feito menção ao reexame necessário da decisão, não fica dispensada a sua realização no caso concreto. É que o valor total da condenação (indenização + correção monetária e juros), na data da prolação da sentença (13-9-2003, fl. 100), era de R\$ 16.005,69 (dezesesseis mil e cinco reais e sessenta e nove centavos), portanto, superior ao valor de 60 (sessenta) salários mínimos (à época R\$ 240,00, conforme a Lei n. 10.699, de 9-7-2003), limite estabelecido pelo § 2º do art. 475 do Código de Processo Civil para a admissão da remessa oficial.

A atualização monetária teve seu marco inicial corretamente fixado na data do evento danoso (27-7-1998), e adotou-se o INPC como fator de atualização (Provimento CGJ n. 13/95), tal qual a orientação prestigiada na Súmula 43 do Superior Tribunal de Justiça: “Incide correção monetária sobre dívida por ato ilícito a partir da data do efetivo prejuízo”.

Os juros da mora tiveram como marco inicial a data da citação, a despeito do contido na Súmula 54 do Superior Tribunal de Justiça (determina sua incidência a partir da data do fato prejudicial). Mantém-se o comando

da sentença para evitar que, em reexame necessário, o Tribunal prejudique a Fazenda Pública, conforme a Súmula 45 do Superior Tribunal de Justiça: “No reexame necessário, é defeso, ao tribunal, agravar a condenação imposta à Fazenda Pública”.

Esclarece-se, contudo, que os juros moratórios serão contados à taxa de 6% (seis por cento) ao ano na vigência do Código Civil de 1916. Após o advento do novo Código Civil, adota-se a Taxa Selic, que engloba juros e correção monetária, à orientação da Câmara (Ap. Cív. n. 2007.033102-3, de Laguna, relator o Des. Luiz César Medeiros, j. em 17-10-2007 Disponível em: <<http://www.tj.sc.gov.br>>. Acesso em: 25 jun. 2008), ressalvada a posição pessoal do relator.

Constata-se, por último, que a sentença é totalmente omissa em relação aos ônus da sucumbência.

No que diz respeito às custas processuais, efetivamente, está o Município isento do pagamento (Lei Complementar Estadual n. 156/97, com a redação dada pela Lei Complementar Estadual n. 161/97).

Mas os honorários advocatícios são devidos como consequência do princípio da causalidade, e é dever do juiz arbitrar a quantia devida em favor do litigante vencedor. E, se este omite-se no cumprimento de seu dever legal, mesmo ausente o recurso do prejudicado, deve a Câmara, de ofício, examinar a matéria, a fim de evitar o surgimento de incidente por ocasião do cumprimento da sentença. Recorde-se, a propósito, conforme a Súmula 256 do Supremo Tribunal Federal, emitida ao tempo em que a Corte envolvia-se em questões de natureza infraconstitucional, que:

É dispensável pedido expresso para condenação do réu em honorários advocatícios, com fundamento nos arts. 63 a 64 do Código de Processo Civil.

Nos dias atuais, tem-se decidido que os juros da mora e a atualização monetária podem ser acrescidos ao principal na fase de cumprimento

da sentença, mesmo que tenha havido omissão na petição inicial ou na sentença exequênda:

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. JUROS DE MORA. TAXA SELIC. APLICABILIDADE. ART. 406 DO NOVO CÓDIGO CIVIL. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. 1. Os juros, bem como a correção monetária, integram o pedido de forma implícita, sendo desnecessária sua menção expressa no pedido formulado em juízo, a teor do que dispõe o art. 293 do CPC, razão pela qual não há que se falar em *reformatio in pejus* quando o Tribunal reconhece a aplicação da taxa SELIC no julgamento de irresignação recursal que objetivava a fixação dos referidos juros em patamar diverso (EREsp n. 686.751/MG, rel. Min. Luiz Fux, PRIMEIRA SEÇÃO, DJ 18-6-2007). 2. Inaplicável, *in casu*, a título de juros moratórios, o percentual de 0,5% de que trata o § 1º do art. 22 da Lei n. 8.036/90, porquanto referida norma não afasta, por sua suposta especialidade, a aplicação da regra geral prevista no diploma civil, mas disciplina, em verdade, os juros moratórios devidos pelo *empregador* que tenha deixado de realizar os depósitos previstos na Lei n. 8.036/90 (relativos ao FGTS), hipótese completamente distinta da que se afigura na presente demanda, que encerra pretensão de *empregado*, beneficiário do fundo, promovida em desfavor da CEF, gestora do mesmo, de obter a devida atualização dos saldos do FGTS, decorrentes dos planos econômicos “Verão” e “Collor I”. 4. Ademais, é cediço na Corte que “A incidência da correção monetária sobre o valor objeto da condenação se dá, como os juros de mora, *ex vi legis* (Lei n. 6.899/81), sendo, por essa razão, independente de pedido expresso e de determinação pela sentença, na qual se considera implicitamente incluída. A explicitação dos índices a serem utilizados em seu cômputo pelo acórdão recorrido, portanto, mesmo em sede de reexame necessário, não caracteriza *reformatio in pejus*, devendo a Fazenda, se for o caso, impugnar os critérios de atualização e de juros estabelecidos” (REsp. n. 722.475/AM, DJU 1º-7-2005) [...] (Recurso Especial n. 892.407/PB, Primeira Turma do STJ, relator o Min. Luiz Fux, j. em 16-10-2007. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 25 jun. 2008).

O raciocínio que prevalece em relação aos juros moratórios e à correção monetária é o mesmo que conduz à possibilidade de a Câmara, de ofi-

cio, arbitrar os honorários advocatícios em favor do litigante vencedor, não olvidada a necessidade de observância aos princípios da instrumentalidade e da economia processual. Pertinente é a lição de Luiz Cézar Medeiros:

Na maioria das vezes, o apego exagerado ao formalismo faz com que o direito – tanto o formal quanto o substancial – seja desviado de seu curso natural. Acredita-se que esse seja um vício de formação jurídica ligado à aparente lógica do positivismo. Não se percebe que esse apego às formalidades impede ou chega, muitas vezes, a dificultar a observância dos verdadeiros direitos em jogo no processo judicial. A forma, instrumento criado para assegurar a igualdade e a segurança das partes no processo, quando supervalorizada ou mal utilizada, acaba sendo o veículo para a chicana e para a sacralização de interesses espúrios. O sentimento de justiça, atributo dos bons e verdadeiros juízes, não deve ser cerceado pelo formalismo e pelas normas que procuram regular as atividades dos magistrados. “Antes de tudo, a solução justa!”.

Como já referido e, noutros termos, várias vezes repetido, chega a causar espécie a constatação de como o formalismo passou a ser a baliza mestra de uma parcela significativa dos operadores do direito. Com o Código de Processo em punho, qualquer desvio à forma é tratado com apreensão e, não raras vezes, com desmedido rigor. Esquecem eles que o próprio Código de Processo Civil – diploma formal por excelência – coloca o formalismo em segundo plano quando o resultado desejado for obtido por outros meios. Desse modo, ao não observar que o processo tem como meta a realização do direito e a concretização da justiça, e que a interpretação das leis processuais não deve ser estritamente formal, mas sim, antes de tudo, socialmente útil e justa, o Poder Judiciário não estaria cumprindo a contento sua missão constitucional de pacificar e decidir os conflitos. Subverter o meio em fim, e acreditar que fazer justiça se resume em impor a rigidez da forma, sem olhos para os valores humanos subjacentes à lide, parece ser o caminho mais promissor a uma decisão injusta (*O formalismo processual e a instrumentalidade*. 3. ed. Florianópolis: Conceitual, 2008. p. 170-171).

É certo que o tema não comporta interpretação única, e encontra-se em Yussef Said Cahali lição diversa da que ora se adota:

Nem mesmo por exceção nosso Direito reputa desnecessário o provimento judicial que declare o efeito do julgado quanto aos honorários, constituindo seu devedor aquele que deu causa ao processo, para condená-lo no respectivo pagamento. Assim, se a sentença omite a condenação do vencido na honorária advocatícia, o vencedor deve recorrer dela, para cobrir-se da coisa julgada, que lhe retiraria a possibilidade de haver dos honorários (*Honorários advocatícios*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 107).

Nesta Casa também são encontrados precedentes que contrariam a compreensão ora adotada (Ap. Cív. n. 2003.023787-9, de Araranguá, Segunda Câmara de Direito Público, relator o Des. Jaime Ramos, j. em 31-8-2004; Agravo de Instrumento n. 2000.016224-8, da Capital, Sexta Câmara Civil, relator o Des. Newton Trisotto, j. 15-2-2001; Ap. Cív. n. 2004.014914-0, de Mafra, Terceira Câmara de Direito Público, relator o Des. Rui Fortes, j. 15-2-2005; e Ap. Cív. n. 2000.009411-0, de Maravilha, Quinta Câmara Civil, relator o Des. Cesar Abreu, j. 7-6-2001. Disponíveis em: <<http://www.tj.sc.gov.br>>. Acesso em: 25 jun. 2008), assim como também no Superior Tribunal de Justiça (Recurso Especial n. 179.444, de São Paulo, Segunda Turma, relator o Min. Adhemar Maciel, j. em 8-9-1998. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 25 jun. 2008).

Os honorários advocatícios omitidos na sentença poderiam ser reclamados em ação autônoma, assim como bem o reconhece o já referido Yussef Said Cahali:

Mas, no pressuposto de que a verba advocatícia da sucumbência não tenha sido questionada ou apreciada em sede própria na ação em que eventualmente seria devida, ausente portanto a coisa julgada a seu respeito, seria de admitir-se posterior ação ordinária da parte vitoriosa para a sua cobrança (op. cit., p. 114).

E, assim se fazendo – ajuizamento de ação autônoma –, o Estado é quem suportaria um ônus demasiado, que evidenciaria a falácia de que o reexame necessário proibiria a fixação pelo Tribunal, ainda que de ofício. É que a propositura de nova ação, cujo sucesso já está demarcado (quando

menos, à luz do princípio do enriquecimento sem causa), teria como conseqüência a imposição de um novo ônus sucumbencial ao Estado, e não é ignorado que uma nova demanda teria como efeito desastroso o inchaço nas estatísticas que hoje atropelam o Judiciário.

Com essas considerações, o recurso voluntário e o reexame necessário são desprovidos, e, de ofício, arbitra-se a verba honorária em favor do autor no equivalente a 10% (dez por cento) da condenação, observada a orientação que vem desta Casa (Ap. Cív. n. 2007.059048-3, de Maravilha, Terceira Câmara de Direito Público, relator o Des. Luiz César Medeiros, j. 5-3-2008. Disponível em: <<http://www.tj.sc.gov.br>>. Acesso em: 25 jun. 2008).

DECISÃO

Ante o exposto, a Terceira Câmara de Direito Público decide, por unanimidade, negar provimento ao recurso voluntário e ao reexame necessário e, de ofício, arbitrar os honorários advocatícios em favor do autor em 10% (dez por cento) do valor da condenação.

O julgamento, realizado no dia 1º de julho de 2008, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Luiz César Medeiros, com voto, e dele participou a Exma. Sra. Des. Subst. Sônia Maria Schmitz. Funcionou como representante do Ministério Público o Exmo. Sr. Dr. Nelson Fernando Mendes.

Florianópolis, 3 de julho de 2008.

Jânio Machado
RELATOR

Apelação Cível n. 2007.056666-4, da Capital

Relator: Des. Subst. Jânio Machado

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ANULATÓRIA DE ATOS ADMINISTRATIVOS CUMULADA COM CUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER E FAZER COM PLEITO DE ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA. DEMANDA PROPOSTA EM RAZÃO DA CONSTRUÇÃO DE UM SUPERMERCADO EM LOTEAMENTO QUE, NA VIGÊNCIA DA LEI N. 1.851/82, ERA DE ÁREA RESIDENCIAL EXCLUSIVA, MAS QUE, COM O ADVENTO DA LEI COMPLEMENTAR N. 001/97, PASSOU A SER DE ÁREA RESIDENCIAL PREDOMINANTE. PRETENSÃO DE DECRETAÇÃO DA NULIDADE DA SENTENÇA, EM FACE DO JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. CERCEAMENTO DE DEFESA INEXISTENTE, DIANTE DA DESNECESSIDADE DE PRODUÇÃO DE PROVA EM AUDIÊNCIA. ART. 130, ART. 131 E ART. 330, INCISO I, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. PLENA LEGITIMIDADE ATIVA PARA A PROPOSITURA DA AÇÃO, QUE DECORRE DA DISCUSSÃO DE INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. INAPLICABILIDADE DO ART. 129, INCISO III, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. LEGALIDADE DA MUDANÇA DE ZONEAMENTO E DA DESTINAÇÃO DO LOTEAMENTO, UMA VEZ QUE INEXISTE OFENSA A DIREITO ADQUIRIDO, EM RAZÃO DA FALTA DE RESTRIÇÕES CONVENCIONAIS QUANTO AO USO DO IMÓVEL. ART. 39 E ART. 40, § 3º, DA LEI N. 10.257, DE 10-7-2001. AUSÊNCIA DE OFENSA AO INCISO XXXVI DO ART. 5º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E AO ART. 6º DA LEI DE INTRODUÇÃO AO CÓDIGO CIVIL. INAPLICABILIDADE DO ART. 28 DA LEI N. 10.257, DE 10-7-2001, NA HIPÓTESE. RECONHECIMENTO DA CONSTITUCIONALIDADE DA LEI COMPLEMENTAR N. 001/97, QUE IMPÔS MENOS RESTRIÇÕES À OCUPAÇÃO DO SOLO, EM

FACE DA INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 25 DO ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS – ADCT DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL, APESAR DA CONTROVÉRSIA DESTA CORTE A RESPEITO. PENDÊNCIA DO JULGAMENTO DA MATÉRIA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PLENA COMPETÊNCIA DO MUNICÍPIO PARA LEGISLAR SOBRE ASSUNTOS DE INTERESSE LOCAL, BEM AINDA PARA PROMOVER ADEQUADO ORDENAMENTO TERRITORIAL, MEDIANTE PLANEJAMENTO E CONTROLE DO USO, DO PARCELAMENTO E DA OCUPAÇÃO DO SOLO URBANO. ART. 30, INCISOS I E VIII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ALVARÁ DE LICENÇA EXPEDIDO PELO MUNICÍPIO, QUE AUTORIZA A CONSTRUÇÃO DO EMPREENDIMENTO DEBATIDO, QUE NÃO SE AFIGURA NULO, PORQUE PRESCINDÍVEL À REALIZAÇÃO DO ESTUDO PRÉVIO DE IMPACTO DE VIZINHANÇA, EM RAZÃO DA FALTA DE REGULAMENTAÇÃO A RESPEITO, NOS TERMOS DO INCISO VI DO ART. 4º E DO ART. 36 DA LEI N. 10.257, DE 10-7-2001. IMPRESCINDIBILIDADE DO ESTUDO PRÉVIO DE IMPACTO AMBIENTAL SOMENTE PARA “OBRA OU ATIVIDADE POTENCIALMENTE CAUSADORA DE SIGNIFICATIVA DEGRADAÇÃO DO MEIO AMBIENTE”, A TANTO NÃO SE CARACTERIZANDO O SUPERMERCADO OBJURGADO, NOS TERMOS DA RESOLUÇÃO CONSEMA N. 01/2004 E DA RESOLUÇÃO CONAMA N. 001, DE 23-1-1986, ASSIM COMO EM OBSERVÂNCIA AO ART. 225, § 1º, INCISO I, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. EVENTUAIS IMPACTOS URBANÍSTICOS NA LOCALIDADE QUE NÃO SE SOBREPÕEM À FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE URBANA, DEVIDAMENTE ESTABELECIDADA NO PLANO DIRETOR DO MUNICÍPIO. ART. 182, §§ 1º E 2º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

1. O julgamento antecipado da lide não importa em cerceamento de defesa se não há necessidade de produção de prova em audiência e a matéria debatida é essencialmente de direito. Outrossim, não se pode ignorar que, na hipótese versada, a própria parte autora requereu o julgamento antecipado da lide, mas condicionou-o ao acolhimento do pedido inicial, o que, por óbvio, não se admite.

2. Ainda que envolva interesses com repercussão na comunidade, a pretensão de anulação do alvará que autorizou a construção de supermercado em loteamento tem cunho nitidamente individual homogêneo, pois são determinados os titulares do direito discutido, que, por sua vez, possui a mesma origem.

3. A ausência de convenção expressa acerca do uso do loteamento exclusivamente para fins residenciais torna absolutamente legal a alteração do zoneamento e da destinação do referido imóvel, que admitiu o seu uso também para fins comerciais, pois inexistente qualquer direito adquirido.

4. O art. 25 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT da Constituição Estadual revela-se inconstitucional, porque viola o princípio da autonomia legislativa municipal. E, sendo assim, afigura-se absolutamente constitucional a Lei Complementar que alterou o Plano Diretor do Município, ainda que seja menos restritiva quanto à ocupação do solo, desde que atenda à função social da propriedade urbana.

5. Prescinde da realização de estudo prévio de impacto de vizinhança e de estudo prévio de impacto ambiental o alvará de licença expedido pelo Município para o fim de autorizar a construção de supermercado em loteamento, o que se diz em face da falta de regulamentação do dispositivo atinente ao primeiro estudo e da não-caracterização do empreendimento como “obra

ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente”, a ponto de exigir o segundo estudo.

6. Em decorrência do princípio da socialidade, que vige nos dias atuais, o direito do proprietário fica subordinado também às funções sociais da propriedade urbana, previstas no Plano Diretor do Município.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2007.056666-4, da comarca da Capital (2ª Vara da Fazenda), em que são apelantes Alaor Nardelli, Odete Nardelli, Eloi Melo Filho, Henriette Lebre La Rovere, Fernando Mendonça da Costa Freitas, Norma Garcia da Costa Freitas, Firmino Borba Franco, Hedi Driemeyer Franco, Hilda Gomes Vieira, Irajá Antomnio Mendonça de Oliveira, Gilssane Dias de Oliveira, José Alberto Moraes, Patrícia Caciatore Moraes, Juarez Vieira do Nascimento, Solange Lorenzatto do Nascimento, Lídio Duarte, Marcos Roberto Knoll, Magali Schmitz Knoll, Masato Kobiyama, Adriana Regina Costa e Kobiyama, Paulo Afonso de Meireles, Cíntia Zimmermann de Meireles, Paulo Baltazar da Rosa, Gisela Martha Brizolara da Rosa, Rogério Reis Olsen da Veiga, Carolina Palma Camargo, Salésio Wiggers e Nezita Maria Hawerroth Wiggers, e apelados o município de Florianópolis, Vahl Comércio de Imóveis Ltda. e Hippo Supermercados Ltda.:

ACORDAM, em Terceira Câmara de Direito Público, por unanimidade, afastar as preliminares e negar provimento ao recurso. Custas legais.

RELATÓRIO

Alaor Nardelli, Odete Nardelli, Eloi Melo Filho, Henriette Lebre La Rovere, Fernando Mendonça da Costa Freitas, Norma Garcia da Costa Freitas, Firmino Borba Franco, Hedi Driemeyer Franco, Hilda Gomes

Vieira, Irajá Antomnio Mendonça de Oliveira, Gilssane Dias de Oliveira, José Alberto Moraes, Patrícia Caciatore Moraes, Juarez Vieira do Nascimento, Solange Lorenzatto do Nascimento, Lídio Duarte, Marcos Roberto Knoll, Magali Schmitz Knoll, Masato Kobiyama, Adriana Regina Costa e Kobiyama, Paulo Afonso de Meireles, Cíntia Zimmermann de Meireles, Paulo Baltazar da Rosa, Gisela Martha Brizolara da Rosa, Rogério Reis Olsen da Veiga, Carolina Palma Camargo, Salésio Wiggers e Nezita Maria Hawerth Wiggers ajuizaram ação anulatória de atos administrativos cumulada com cumprimento de obrigação de não fazer e fazer com pleito de antecipação dos efeitos da tutela contra o município de Florianópolis, Vahl Comércio de Imóveis Ltda. e Hippo Supermercados Ltda., sob o fundamento de que: são “proprietários, adquirentes ou compromitentes compradores de imóveis situados no Loteamento Jardim Germânia”, cuja execução foi feita pelo segundo requerido; conforme o memorial descritivo registrado no Cartório do 2º Ofício do Registro de Imóveis da comarca da Capital, o referido Loteamento destina-se ao uso residencial unifamiliar, com exceção da quadra N, que é destinada ao uso comercial; tomaram conhecimento da intenção de instalação de um estabelecimento comercial do terceiro requerido na quadra F, que é de propriedade do segundo requerido; preocupados com os impactos daí decorrentes, procuraram obter informações com o primeiro requerido e constataram, então, uma série de exigências que foram impostas à viabilidade do projeto apresentado; “apesar de tudo isto e sem que quaisquer das obras indicadas pelo órgão de planejamento tenham sido executadas”, ou, ao menos, iniciadas, o projeto objurgado foi aprovado e, “após a expedição de alvará de licença, encontra-se em fase de execução, já tendo, inclusive, sido colocados, no entorno, tapumes e placas indicativas da construção do supermercado”; o estudo de impacto de vizinhança e o estudo relativo ao impacto do tráfego na região concluíram pela inadequação da construção do empreendimento no local; é ilegal a mudança de zoneamento e da destinação do loteamento, pois afronta o inciso XXXVI do art. 5º da Constituição Federal, o art. 6º

da Lei de Introdução ao Código Civil e o art. 28 da Lei n. 6.766, de 19-12-1979, até porque não houve a respectiva concordância dos proprietários dos lotes; o loteamento objurgado foi aprovado sob a égide da Lei n. 1.851/82; a Lei Complementar n. 001/97, que se consubstancia no atual Plano Diretor do Município, impôs menos restrições à ocupação do solo, tanto que alterou a quadra F do loteamento de “Área Residencial Exclusiva” para “Área Residencial Predominante”, o que permite, assim, a realização de empreendimentos; diante do disposto no art. 25 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT da Constituição Estadual, a Lei Complementar n. 001/97 afigura-se parcialmente inconstitucional; é nulo o Alvará de Licença n. 123, uma vez que não foi feito o estudo prévio de impacto de vizinhança, pois desrespeita o disposto no inciso VI do art. 4º e no art. 36 da Lei n. 10.257, de 10-7-2001, pois, a despeito da ausência de lei municipal que regule a matéria, a Constituição Federal, no seu art. 225, § 1º, inciso IV, exige a elaboração de estudo prévio de impacto ambiental em casos análogos ao presente; os impactos urbanísticos na localidade contrariam o disposto no art. 182 da Constituição Federal, e não se pode admitir a construção do empreendimento pretendido, que é a razão do seu pedido de declaração incidental da inconstitucionalidade parcial da Lei Complementar n. 001/97, bem ainda de decretação da nulidade do alvará expedido pelo primeiro requerido e de apresentação do procedimento administrativo que culminou na expedição do referido alvará. Requereram, também, em sede de antecipação da tutela, a suspensão dos efeitos do Alvará de Licença n. 123 e a concessão da tutela específica das obrigações de não fazer e de fazer, consubstanciadas na determinação de paralisação das atividades de construção do empreendimento e no subsequente retorno da área ao estado em que se encontrava antes do início das obras, respectivamente, tudo sob pena de multa diária a ser fixada e da adoção de outras providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento (fls. 2-26).

Após, diante da ausência de “risco de prejuízo imediato”, pois “a edificação está ainda em estágio inicial”, o digno Magistrado disse da temeridade do deferimento da medida antecipatória postulada antes da ouvida dos requeridos e determinou a sua respectiva citação (fl. 213).

Os autores, então, apresentaram manifestação em que enfatizaram a plena possibilidade de conclusão da obra impugnada em um curtíssimo tempo, até mesmo antes do oferecimento das respostas dos requeridos, em face do sistema de construção utilizado. Em consequência, pugnaram pela reconsideração da decisão proferida ou, alternativamente, pela “intimação dos requeridos para que se manifestem apenas sobre o requerimento” relativo à antecipação dos efeitos da tutela pretendida, em prazo mais exíguo (fls. 214-216).

O digno Magistrado, acolhendo o pleito alternativo dos autores, determinou, além da citação, a intimação dos requeridos “para, em cinco dias, se posicionarem sobre o requerimento de antecipação de tutela” (fl. 223).

Depois do cumprimento da determinação judicial (fls. 226-v., fls. 227-v. e flsa. 228-v.), o segundo requerido apresentou manifestação, na qual sustentou que: 1) o loteamento objurgado foi aprovado na vigência da Lei n. 1.851/82 e destinado para uso residencial unifamiliar, com exceção da quadra N, que se destinava para fins comerciais; 2) não foi estabelecida contratualmente nenhuma restrição relativa ao uso dos lotes; 3) a Lei Complementar n. 001/97 reclassificou a quadra F como “Área Residencial Predominante 4” e admite a instalação de estabelecimento comercial; 4) as diversas pesquisas de opinião pública realizadas revelaram o desejo da existência de um supermercado na região; 5) foram promovidos os projetos necessários à construção do empreendimento debatido, tanto que se obteve o Alvará de Licença n. 123 em 30-1-2004, e deu-se início às respectivas obras de edificação em 21-5-2004, cuja conclusão, porém,

é prevista somente para junho de 2005; 6) a construção impugnada pelos autores “não é do gênero dos hipermercados” referidos, que são construídos em pouquíssimo tempo; 7) além de inexistir urgência hábil a justificar a antecipação dos efeitos da tutela pretendida pelos autores, as alegações constantes da inicial carecem de verossimilhança; 8) a viabilidade da construção do empreendimento na localidade em discussão decorre da Lei Complementar n. 001/97; 9) a restrição contida no art. 25 do ADCT da Constituição Estadual viola os incisos I e VIII do art. 30, *caput*, e o § 1º do art. 182 da Constituição Federal; 10) é dispensável o estudo prévio de impacto de vizinhança na hipótese, “uma vez que um supermercado modesto como o previsto para o Jardim Germânia não é causador de significativa degradação do meio ambiente”; 11) foram examinadas pelos órgãos competentes “todas as questões de interesse coletivo, referentes à segurança e higiene da edificação, bem como à redução dos impactos viários que dela irão advir, e sua adequação ambiental”; e 12) deve ser imposta aos autores a prestação de caução, acaso concedida a antecipação dos efeitos da tutela pretendida, pois importará em um prejuízo no montante de R\$ 3.082.388,80 (três milhões oitenta e dois mil trezentos e oitenta e oito reais e oitenta centavos) (fls. 241-247).

Sobreveio, também, manifestação do terceiro requerido, que, por sua vez, disse da: 1) inexistência de prévia obrigação de fazer ou de não fazer, e que não se pode conceder a tutela específica das obrigações previstas no art. 461, §§ 3º e 4º, do Código de Processo Civil, até porque “a simples suspensão dos efeitos do Alvará de Licença n. 123 não produzirá o nascimento das obrigações de fazer ou de não fazer pretendidas pelos autores”; 2) falta dos requisitos autorizadores à antecipação dos efeitos da tutela, nos termos do art. 273 do Código de Processo Civil, afinal a matéria debatida é altamente discutível e não há fundado receio de dano iminente; 3) imprestabilidade dos laudos juntados à petição inicial; 4) ausência de moradores na área do empreendimento, cujo estacionamento não gerará

os transtornos aventados pelos autores; 5) concordância da comunidade com a implantação do supermercado no local; 6) mudança na lei de zoneamento, que autoriza a construção pretendida no loteamento; 7) constitucionalidade da Lei Complementar n. 001/97; 8) inaplicabilidade da Lei n. 10.257, de 10-7-2001, ao caso, ressaltando, ainda, a dispensabilidade do estudo prévio de impacto de vizinhança; 9) existência, sim, do projeto de engenharia do acesso viário, que será executado oportunamente; 10) grande quantia já despendida, e que as antecipações de tutela requeridas importam em vultosos prejuízos; 11) necessidade de decretação incidental da inconstitucionalidade do art. 25 do ADCT da Constituição Estadual; e 12) prestação de caução real ou fidejussória pelos autores, para ressarcir os danos causados em decorrência da presente ação (fls. 366-396).

Na seqüência, o digno Magistrado negou a liminar almejada (fls. 513-518); contudo, adveio o despacho proferido nos autos do Agravo de Instrumento n. 2004.022236-0, interposto pelos autores, que concedeu, “em parte, a antecipação da tutela recursal almejada, apenas para suspender o Alvará de Licença n. 123, concedido pelo município de Florianópolis” ao segundo requerido, “e, por conseguinte, determinar a imediata paralisação das obras que vêm sendo realizadas nos lotes 47, 48, 49, 50, 51, 52 e 53, da Quadra F, do Loteamento Jardim Germânia, sob pena de multa pecuniária diária” fixada em R\$ 10.000,00 (dez mil reais) (fls. 523-526). Em seguida, foi juntado outro despacho prolatado nos autos do Agravo de Instrumento n. 2004.022236-0, em que o Des. Subst. Victor Ferreira reconsiderou, em parte, a antecipação da tutela recursal concedida, apenas para o fim de “permitir o prosseguimento da obra até que se alcance a estabilidade do seu conjunto estrutural, paralisando-se-a, novamente, assim que isso ocorrer” (fls. 532-533). E, esclarecendo tal determinação, o digno relator do Agravo de Instrumento n. 2004.022236-0 ainda acrescentou

que a complementação da obra até que seja alcançada a estabilidade do seu conjunto estrutural [...] dar-se-á, utilizando-se de técnicas apropriadas para tanto, com o travamento de todos os pilares até

então levantados, o que importa na colocação das vigas até o nível superior, de forma que haja a perfeita estabilidade do conjunto estrutural.

Outrossim, proibiu a colocação e concretagem das lajes, e lembrou

que, para fins processuais, considerar-se-á a obra no estágio em que ela se encontrava quando determinada a sua paralisação” e ressaltou “que o descumprimento das ordens judiciais proferidas poderá importar aos Agravados não só a multa pecuniária fixada, mas também a imediata demolição do que até então foi construído e crime de desobediência (art. 330 do Código Penal) (fl. 539).

Tempestivamente (fl. 540), o primeiro requerido ofereceu manifestação e contestação, em que ressaltou: 1) a legalidade do processo de aprovação do empreendimento; 2) a inadequação da via processual eleita para o fim de declarar a inconstitucionalidade da Lei Complementar n. 001/97, uma vez que, nos termos do art. 85 da Constituição Estadual, os autores são partes ilegítimas para propor ação direta de inconstitucionalidade; 3) a inconstitucionalidade do art. 25 do ADCT da Constituição Estadual e, porque o Município detém autonomia para tanto, a conseqüente constitucionalidade da Lei Complementar n. 001/97; e 4) a ausência de prova inequívoca hábil à verossimilhança das alegações, assim como do fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação (fls. 541-553).

O segundo requerido, por sua vez, ofereceu contestação, alegando: 1) a carência da ação, em relação às obrigações de fazer e de não fazer requeridas, em face da inexistência de “qualquer relação jurídica entre a loteadora e os adquirentes dos imóveis, no tocante à preservação do uso exclusivamente residencial”, pois decorre da Lei Complementar n. 001/97 a permissão do uso comercial de alguns lotes; 2) a constitucionalidade da Lei Complementar n. 001/97 e a declaração incidental da inconstitucionalidade parcial do art. 25 do ADCT da Constituição Estadual, pautado no princípio da proporcionalidade e em razão do disposto nos incisos I e

VIII do art. 30 e no § 1º do art. 182 da Constituição Federal e no § 3º do art. 40 da Lei n. 10.257, de 10-7-2001; 3) a constitucionalidade do art. 25 do ADCT da Constituição Estadual no que se refere à proteção da zona costeira, mas isso não se aplica ao loteamento em que se pretende construir o empreendimento objurgado; 4) o fato de que são prescindíveis os estudos de impacto ambiental, de vizinhança e no tráfego; 5) a imprescindibilidade do estudo de impacto ambiental somente “para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente”, o que não é o caso do empreendimento objurgado; 6) a unilateralidade dos laudos técnicos apresentados pelos autores; 7) a regularidade do alvará de licença de construção, expedido com a observância de todas as formalidades legais exigíveis; 8) a realização das modificações no sistema viário, oportunamente; e 9) o desejo da população de ter um supermercado na localidade (fls. 580-600).

Em seguida, foi juntada cópia do agravo de instrumento interposto anteriormente pelos autores (fls. 650-667), e o segundo requerido comunicou que esses vêm praticando atos que são, no mínimo, atentatórios à dignidade da justiça, pois, a despeito da decisão proferida pelo Tribunal, tentaram inviabilizar o prosseguimento da obra em discussão, dificultando sobejamente os trabalhos e retardando o seu respectivo término, o que impõe a aplicação das sanções referidas no art. 601 do Código de Processo Civil (fls. 672-675). Em conseqüência, o digno Magistrado determinou que se desse ciência aos autores da estrita observância à decisão do Tribunal, “sob pena de responderem penalmente por novos impedimentos ao seu cumprimento” (fl. 710).

Sobreveio, ainda, manifestação do segundo requerido a respeito da paralisação das obras do empreendimento debatido, em que pugnou a complementação da respectiva certidão de intimação pelo oficial de justiça (fls. 726-727), o que, contudo, foi rejeitado pelo digno Magistrado, sob o argumento de que “o oficial de justiça não teria condições técnicas de

relatar o estágio presente da obra, que reclamaria um levantamento quase pericial” (fl. 734). Mesmo assim, o segundo requerido pleiteou a reconsideração da referida decisão (fls. 737-738), o que, desta vez, foi acatado pelo digno Magistrado (fl. 738-v); foi, então, apresentada pelo oficial de justiça certidão circunstanciada relativa à paralisação das obras do empreendimento (fls. 740-741).

O terceiro requerido, de igual modo, ofereceu contestação, na qual reportou-se aos argumentos expendidos anteriormente, por ocasião da sua manifestação ao pedido de antecipação dos efeitos da tutela formulado pelos autores, bem ainda ressaltou a necessidade de respeito aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade (fls. 771-791).

Após, o segundo requerido pugnou pela prestação de caução pelos autores, em face dos vultosos prejuízos financeiros experimentados em decorrência da concessão da antecipação dos efeitos da tutela e da conseqüente paralisação das obras de construção do supermercado (fls. 793-795). E, diante da determinação da digna Magistrada (fls. 867-v.), colheu-se manifestação ministerial, e o ínclito promotor de justiça opinou pelo indeferimento do pedido de prestação de caução (fls. 870-876).

Ademais, foi juntada aos autos cópia do acórdão proferido no Agravo de Instrumento n. 2004.022236-0, em que se deu parcial provimento ao recurso para manter as obras já realizadas pelos requeridos, que, contudo, “permanecerão paralisadas até o julgamento final da lide, a fim de salvarguardar os prejuízos que eventualmente poderão” as partes sofrer com o julgamento da ação (fls. 878-890). Foi também apresentada cópia da ata da audiência pública da Comissão de Defesa do Consumidor e Direitos Humanos da Câmara Municipal de Florianópolis, em que se “discutiu a instalação do Supermercado Hippo no bairro do Córrego Grande”, que teve “ampla maioria de votos favoráveis” (fls. 898-919), além de cópia do “abaixo-assinado de moradores do bairro do Córrego Grande e das comu-

nidades adjacentes, a propósito da instalação do Supermercado Hippo, naquele bairro” (fls. 921-929).

Depois da determinação do digno Magistrado (fl. 935), os autores impugnaram o pleito de prestação de caução formulado pelo segundo requerido, que, além de indevido, embora debatido, não foi acolhido pelo Tribunal no julgamento do Agravo de Instrumento n. 2004.022236-0, e está, portanto, precluso (fls. 937-942).

O segundo requerido juntou cópia da resposta apresentada ao referido agravo de instrumento (fls. 944-973) e os autores impugnaram as contestações oferecidas (fls. 974-992), assim como os documentos constantes das fls. 898-929 (fl. 1.054). O ínclito representante do Ministério Público, por sua vez, opinou pela improcedência da ação e pela manutenção da higidez do Alvará de Licença n. 123, desde que elaborados o estudo de impacto sonoro e o estudo prévio de viabilidade física e socioeconômica, bem ainda aplicadas as medidas necessárias para minimizar eventuais danos e implantado, junto ao sistema viário modificado, o espaço destinado à circulação de bicicletas, sem contar, ainda, a “implantação de estacionamentos e/ou bicicletários no empreendimento” (fls. 1.063-1.075).

Sobreveio decisão que afastou as preliminares argüidas e determinou a intimação das partes para fins de especificação de provas (fl. 1.083). O segundo requerido pugnou pelo julgamento antecipado da lide e juntou relatório de avaliação do impacto sonoro nas vizinhanças do futuro Supermercado Hippo, além de ressaltar, ainda, a previsão de implantação, no estacionamento de veículos, de 26 (vinte e seis) vagas para bicicletas e a impossibilidade, por ora, de realização de estudo prévio de viabilidade física e socioeconômica, diante da inexistência do sistema de ciclovia no local (fls. 1.086-1.098). Os autores, de igual modo, requereram o julgamento antecipado da lide e pleitearam, alternativamente, a produção de prova pericial

e testemunhal (fls. 1.111-1.112). E, por fim, também o terceiro requerido pugnou pelo julgamento antecipado da lide (fls. 1.114-1.115).

A digna Magistrada, então, proferiu sentença, em que julgou improcedente o pedido inicial e condenou os autores ao pagamento das despesas processuais e dos honorários advocatícios no valor de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), igualmente repartido entre os autores e dividido entre os procuradores dos 3 (três) requeridos, os quais receberam R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) cada um (fls. 1.119-1.133).

Os autores opuseram embargos de declaração, com pedido de efeito infringente, nos quais aduziram que a sentença prolatada foi omissa no que se refere à constatação dos sérios prejuízos causados pelo empreendimento objurgado ao meio ambiente e à invocada ausência dos estudos de impacto ambiental e de vizinhança (fls. 1.137-1.143). Todavia, a digna Magistrada enfatizou “que as questões ditas omissas foram analisadas implicitamente”, rejeitou os embargos declaratórios e manteve a sentença (fls. 1.144-1.148).

O segundo requerido também opôs embargos de declaração, em que alegou a existência de omissão na sentença, uma vez que a referida decisão não mencionou expressamente “que restaram revogados os efeitos até então vigentes da tutela” antecipada concedida pelo Tribunal, “o que afastará qualquer impedimento ou interpretação acerca da continuidade imediata da construção do empreendimento debatido” (fls. 1.149-1.159). Porém, a digna Magistrada novamente rejeitou os embargos declaratórios opostos e ressaltou que, “ainda que implicitamente, a liminar foi revogada pela sentença, de sorte que o réu poderá continuar a obra” (fls. 1.160-1.161).

Irresignados, os autores interpuseram recurso de apelação, no qual sustentaram a nulidade da sentença, por cerceamento de defesa, uma vez que não foram produzidas as provas por eles requeridas de forma alternativa. Outrossim, repisaram os demais argumentos expendidos anteriormente,

ênfatisando um fato superveniente ocorrido, a saber, o condicionamento do alvará de licença impugnado à melhoria do sistema viário da região do empreendimento, o que, contudo, foi posteriormente dispensado, sem nenhuma fundamentação (fls. 1.162-1.193).

O recurso foi recebido “no duplo efeito, sem prejuízo, porém, da decisão havida nos embargos de declaração” (fl. 1.195). Após, os autores juntaram cópia do agravo de instrumento que interpuseram (fls. 1.199-1.216), e o digno Magistrado manteve a decisão agravada (fl. 1.217). E, com o objetivo de apurar notícia recebida depois da deflagração da *Operação Moeda Verde*, foi solicitada a remessa de cópia dos presentes autos à Polícia Federal (fl. 1.219), e, em seguida, juntada cópia do despacho exarado nos autos do Agravo de Instrumento n. 2007.029224-0, em que se concedeu a antecipação da tutela recursal para o fim de novamente paralisar a obra até o julgamento do recurso ou da apelação interposta (fls. 1.222-1.228). O terceiro requerido apresentou resposta (fls. 1.240-1.250), assim também o fez o segundo requerido, que argüiu a ilegitimidade dos autores para a defesa de interesses difusos (fls. 1.251-1.271); mas o primeiro requerido, embora intimado (fl. 1.285), não ofereceu resposta (fl. 1.286); os autos vieram a esta Corte e a douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo conhecimento e desprovimento do recurso (fls. 1.303-1.313). Ainda, em atendimento ao despacho do então relator, Desembargador Rui Fortes (fl. 1.316), foi encaminhado ofício à delegada da Polícia Federal, no qual foram solicitadas informações a respeito do inquérito instaurado na *Operação Moeda Verde*, para apurar a participação do empreendimento debatido na referida investigação (fl. 1.318). A delegada, por sua vez, respondeu que:

- a) Após a deflagração da Operação Moeda Verde, em 3 de maio de 2007, foram recebidas notícias de irregularidades em diversos empreendimentos, sendo uma delas referente ao supermercado HIPPO, em terreno originariamente pertencente a ROGÉRIO VAHL, situado no Córrego Grande, em Florianópolis/SC;

b) O empreendimento em questão *não* foi objeto específico de apuração no Inquérito da Operação Moeda Verde (IPL 689/2006), já relatado, tendo sido a documentação e o relato referente às notícias de irregularidades na implementação do Supermercado HIPPO no Córrego Grande encaminhados ao Chefe da DELEMAPH, sugerindo a necessidade de análise específica dos processos de aprovação do empreendimento e especialmente a verificação do conteúdo da fita cassete VHS apresentada pelos noticiantes, a qual conteria a gravação de audiência pública realizada em dezembro de 2005 e que contou com a participação ativa do Vereador cassado JUAREZ SILVEIRA, para que, então, se decida quanto à necessidade de instauração de Inquérito Policial específico (grifo no original) (fl. 1.319).

VOTO

Inicialmente, cumpre destacar que, com o objetivo de evitar a prolação de decisões conflitantes, são julgados na mesma sessão e pelos mesmos componentes da Câmara, ainda que em acórdãos distintos, além da presente apelação cível, a Medida Cautelar Inominada n. 2007.026662-3 e o Agravo de Instrumento n. 2007.029224-0, uma vez que todos versam sobre a mesma matéria.

Contudo, não merece prosperar a pretensão recursal dos autores.

Não houve o alegado cerceamento de defesa, e não se pode, portanto, acoiimar de nula a sentença proferida, o que se faz pelas mesmas razões invocadas pelo digno Procurador de Justiça Plínio Cesar Moreira, a seguir transcritas:

O pleito de nulidade da sentença por suposto cerceamento de defesa não merece guarida.

Conforme se verifica das razões recursais, os apelantes sustentam que a desnecessidade da realização de prova pericial estava condicionada ao acolhimento pelo Magistrado do laudo juntado unilateralmente da exordial.

Vislumbra-se na petição de fl. 1.112 que, *a priori*, o douto Procurador sustenta ser prescindível a realização de prova especializada,

já que os réus não teriam logrado elidir “as bem fundamentadas conclusões constantes dos referidos estudos”.

Ato contínuo, considera o laudo suficiente, para tanto cita o art. 427 do CPC: “O juiz poderá dispensar prova pericial quando as partes, na inicial e na contestação, apresentarem sobre as questões de fato pareceres técnicos ou documentos elucidativos que considerar suficientes”.

Ao final, como recurso argumentativo, alega que de tão notórias as deduções declinadas pelos expertos, haja vista comprovarem “o que qualquer cidadão era capaz de supor”, sequer precisariam ser provadas (art. 334, I, do CPC).

Porém, esclarece que se o Julgador entendesse de modo diverso, a produção de prova pericial seria necessária.

Ora, o pleito contido nas razões (fl. 1.165) além de contraditório é impossível. “Acolher a fundamentação constante nos estudos” equivale a julgar procedente a ação, sendo inconcebível condicionar a necessidade da realização de uma prova ao resultado da prestação jurisdicional.

Data maxima venia, mas ao que parece, a preliminar fora adrede-mente arquitetada para o caso de eventual improcedência dos pedidos, razão por que se opina pela sua rejeição (fls. 1.305-1.306).

Ademais, não custa salientar o disposto no Código de Processo Civil:

Art. 130. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.

[...]

Art. 330. O juiz conhecerá diretamente do pedido, proferindo sentença:

I — quando a questão de mérito for unicamente de direito, ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência;

Ora, “o juiz é o destinatário da prova” (LOPES, João Batista. *A prova no direito processual civil*. 2. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 63). E, sendo assim, “na sua missão de bem dirigir o processo, deve o juiz zelar para que ele não se encareça com diligências inúteis”, que, “além de aumentar os gastos, ocupam sem razão mais tempo e atividade do magistrado e dos auxiliares do processo” (BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao código de processo civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. v. I, p. 401).

Na hipótese, o acervo probatório constante dos autos, que conta atualmente mais de 1.320 (mil trezentas e vinte) folhas, revela, sim, a desnecessidade de produção de outras provas, afinal, inúmeros documentos foram juntados, o que permite a formação do convencimento do julgador. Outrossim, não foi cerceado, em momento algum, o direito das partes litigantes.

Aliás, outra não é a conclusão que se alcança diante do que disseram os próprios autores:

A petição inicial da presente demanda contém 04 (quatro) causas de pedir, quais sejam: a) ilegalidade da mudança de zoneamento e da destinação do loteamento, por ofensa ao direito adquirido dos autores, assim como ao ato jurídico perfeito; b) inconstitucionalidade parcial do Plano Diretor do Distrito Sede, no particular em que alterou o zoneamento dos lotes pertencentes à primeira ré; c) ausência de Estudos Prévios de Impacto Ambiental e de Vizinhança; d) existência de sérios prejuízos ao meio ambiente artificial, caso a obra fosse concluída.

De todas elas, como é fácil se notar, somente a última (impactos urbanísticos na localidade) versa sobre matéria fática. Todas as demais são exclusivamente de direito, o que dispensa a necessidade de qualquer dilação probatória (CPC, art. 330, I, 1ª parte).

No que toca à referida *causa petendi*, a fim de comprovar os significativos impactos ao meio ambiente urbano que certamente seriam causados caso o empreendimento objeto desta demanda fosse concluído, os autores solicitaram a elaboração de estudos técnicos realizados por profissionais altamente capacitados, o que foi feito (fls. 115-36 e fls. 156-94).

[...]

Ademais, consoante preceitua o art. 427, também do Estatuto Processual, tais documentos, por sua precisão e completude, podem mesmo servir para dispensar a necessidade de prova pericial.

Ainda mais que, como bem salientou o e. Relator originário do agravo de instrumento interposto contra decisão proferida nestes autos, os referidos estudos são “*de consideração importante, porquanto comprovam o que qualquer cidadão era capaz de supor*” (fl. 526). Deste modo, sendo notórias, tais circunstâncias de fato igualmente independem de prova (CPC, art. 334, I).

De qualquer sorte, caso não seja este o entendimento de Vossa Excelência, que é o destinatário da prova e a quem compete determiná-la até mesmo de ofício (CPC, arts. 130 e 131), os autores informam que, neste caso, pretendem produzir prova pericial (avaliação sobre os impactos ambientais e urbanísticos da pretendida obra na localidade) e testemunhal, esta última a ser produzida em audiência de instrução e julgamento, designada especificamente para este fim (grifo no original) (fls. 1.111-1.112).

Não se ignora o pleito alternativo formulado pelos autores. Todavia, como disse o digno Procurador de Justiça Plínio Cesar Moreira, beira ao absurdo tal pretensão, afinal foi condicionada ao julgamento do Magistrado: somente no caso de as provas até então existentes não serem suficientes ao acolhimento do pedido inicial é que os autores iriam produzir a prova pericial e testemunhal.

Nesse sentido, já decidiu esta Corte:

ADMINISTRATIVO – SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL
– PROFESSOR – JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE
– CERCEAMENTO DE DEFESA – PROVA PERICIAL PRES-

CINDÍVEL – INEXISTÊNCIA DE NULIDADE – RUÍDOS EXCESSIVOS EM SALAS DE AULA – ADICIONAL DE INSALUBRIDADE – VERBA INDEVIDA – LAUDO TÉCNICO CONCLUSIVO – RECURSO NÃO PROVIDO.

Cabe ao Juiz, na condição de presidente do processo e destinatário da prova, decidir sobre a necessidade ou não da realização de prova, não implicando cerceamento de defesa o julgamento antecipado da lide com base em prova exclusivamente documental, se as provas que a parte pretendia produzir eram desnecessárias ao deslinde da *quaestio* [...] (Ap. Cív. n. 2007.026042-5, da Capital, Quarta Câmara de Direito Público, relator o Des. Jaime Ramos, j. em 29-2-2008. Disponível em: <<http://www.tj.sc.gov.br>>. Acesso em: 16 jun. 2008).

Por outro lado, é inequívoca a legitimidade dos autores para a propositura da presente ação, e é suficiente à rejeição dos argumentos expendidos pelo segundo requerido, novamente, a manifestação do digno Procurador de Justiça Plínio Cesar Moreira:

Revela-se igualmente infundada a preliminar de ilegitimidade ativa *ad causam*, argüida nas contra-razões de fls. 1.251-1.271.

O direito buscado por meio da ação em tela não possui natureza difusa, mas individual homogênea (art. 81, III, do Código de Defesa do Consumidor).

De maneira diversa da afirmada pelos apelados, os titulares dos direitos discutidos no feito não são indeterminados. Somente os proprietários de casas do Bairro Jardim Germânia, ligados pela circunstância de fato relativa à construção do citado supermercado, poderiam ingressar com a ação estribados nas causas de pedir concernentes ao direito adquirido e à perturbação do sossego.

Nas palavras de Motauri Ciocchetti de Souza:

“[...] podemos definir interesses individuais homogêneos como aqueles que dizem respeito a um número determinável de pessoas, titulares de objetos divisíveis e que estão ligadas entre si por um vínculo fático, decorrente da origem comum das lesões.

“[...] Com efeito, a divisibilidade implica poder saber perfeitamente qual a lesão individualmente sofrida pela pessoa, de forma que a

reparação do dano pode ser feita caso a caso, ao contrário do que ocorrer nos interesses difusos e coletivos, quando a solução do problema beneficiará indistintamente a todos” (*Ação Civil Pública e Inquérito Civil*. Saraiva, 2. ed., 2005. p. 11).

Outrossim, da possibilidade dos direitos individuais homogêneos serem defendidos coletivamente não deflui a ilação de que não possam também o ser singularmente.

Daí a advertência mais uma vez encontrada nas ensinanças do doutrinador supramencionado:

“Mercê da divisibilidade do objeto, os interesses individuais homogêneos – ao reverso do que ocorre com os difusos e coletivos – continuam a ser individuais, podendo, em conseqüência, ser tutelado em ações movidas pelos próprios interessados, sem embargo de também poderem ser defendidos coletivamente” (*idem*, p. 11).

Assim, os apelantes não estão postulando em prol de direitos difusos da comunidade, como exposto pelos recorridos, mas em benefício de seus próprios interesses particulares que, por coincidência, são idênticos.

O parecer, por conseguinte, é pela rejeição da prefacial (fls. 1.306-1.308).

A respeito, ainda, confira-se:

Difusos – como os conceitua o CDC – são interesses ou direitos “transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”. Os interesses difusos compreendem grupos menos determinados de pessoas (melhor do que pessoas *indeterminadas*, são antes pessoas *indetermináveis*), entre as quais inexistente vínculo jurídico ou fático preciso. São como um *feixe ou conjunto de interesses individuais, de objeto indivisível, compartilhados por pessoas indetermináveis, que se encontram unidas por circunstâncias de fato conexas*.

[...]

Para o CDC, *interesses individuais homogêneos são aqueles de grupo, categoria ou classe de pessoas determinadas ou determináveis, que compartilhem prejuízos divisíveis, de origem comum, normalmente oriundos das mesmas circunstâncias de fato*.

Em sentido lato, os interesses individuais homogêneos não deixam de ser também interesses coletivos.

Tanto os interesses individuais homogêneos como os difusos originam-se de circunstâncias de fato comuns; entretanto, são indetermináveis os titulares de interesses difusos, e o objeto de seu interesse é indivisível; já nos interesses individuais homogêneos, os titulares são determinados ou determináveis, e o objeto da pretensão é divisível (isto é, o dano ou a responsabilidade se caracterizam por sua extensão divisível ou individualmente variável entre os integrantes do grupo) (grifo no original) (MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 19. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 50-54).

Do que se viu, conclui-se que, ainda que envolva interesses com repercussão na comunidade, a pretensão dos autores tem um cunho nitidamente individual homogêneo, pois são determinados os titulares do direito discutido, que, por sua vez, possui a mesma origem, a saber, a construção de um supermercado no loteamento em que os autores residem.

E, dessa forma, não se aplica, no caso, o disposto na Constituição Federal:

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

[...]

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

Mesmo assim, o direito invocado pelos autores não está a merecer a guarida desta Corte, e impõe-se a manutenção da sentença pelos seus próprios fundamentos, a seguir transcritos, o que se faz com a vênia da digna Magistrada Luciana Pelisser Gottardi e com fulcro no art. 150 do Regimento Interno desta Corte:

a) Do Direito adquirido — loteamento

Analisando a matrícula trazida aos autos às fls. 88 verifica-se que os argumentos utilizados pelos autores para embasar a suposta ilegalidade na construção do supermercado não devem prosperar.

Ora, a própria redação do trecho que os autores sustentam ser a restrição ao direito de construir nada mais é que uma remissão ao Plano Diretor que vigia à época da confecção do documento, sem nenhum caráter de vinculação ou limitação ao livre uso dos lotes.

O memorial descritivo do Loteamento Jardim Germânica (fl. 93) informa que: *“todas as quadras são destinadas ao uso Residencial Unifamiliar, a exceção da quadra N, que é destinada ao Uso Comercial, conforme está definido na Planta de Zoneamento Municipal – Lei n. 1.851/82”*.

Evidente, portanto, que simples menção à legislação municipal da época, relatada no memorial descritivo, mas não incluída nem na matrícula de qualquer dos imóveis, no qual se localiza o empreendimento do réus, nem em qualquer dos contratos ou escrituras assinadas entre o loteador e os compradores dos lotes, não pode ser caracterizada como restrição convencional.

Ensina Hely Lopes Meirelles que *“a liberdade de construir é a regra. As restrições e limitações ao direito de construir formam as exceções e, assim sendo, só são admitidas quando expressamente consignadas em lei ou regulamento. É o que se infere do Código Civil ao prescrever que ‘o proprietário pode levantar em seu terreno as construções que lhe aprouver, salvo o direito dos vizinhos e os regulamentos administrativos’ (art. 572)”* (*Direito de Construir*. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 29).

Mais adiante, tratando especificamente da modalidade de parcelamento de solo urbano que é o loteamento, enfatiza aquele administrativista: *“as restrições de loteamento são de duas ordens: convencionais e legais. Restrições convencionais são as que o loteador estabelece no plano de loteamento, arquiva no Registro Imobiliário e transcreve nas escrituras de alienação dos lotes como cláusulas urbanísticas a serem observadas por todos em defesa do bairro, inclusive a Prefeitura que as aprovou. Por isso, quem adquire lote diretamente do loteador ou de seus sucessores deve observância a todas as restrições convencionais do loteamento, para preservação de suas características originárias, ainda que omitidas nas escrituras subseqüentes, porque o que prevalece são*

as cláusulas iniciais do plano de urbanização, e, conseqüentemente, todos os interessados no loteamento — proprietário ou compromissário de lote, loteador e Prefeitura — têm legitimidade para defendê-las judicialmente, como já decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo em acórdão de que fomos relator e está expresso no art. 45 da Lei n. 6.766/79. As restrições legais são as impostas pelas normas edilícias para todas as urbanizações ou especificamente para determinados loteamentos ou certos bairros” (op. cit., p. 133).

Portanto, para as normas do loteamento adquirirem conotação de restrição convencional, é curial que sejam transcritas nas escrituras dos lotes que são vendidos, o que não ocorreu com a escritura dos autores (fls. 44-84). Com isso denota-se o loteador sequer tinha a intenção de estabelecer uma convenção ao citar a lei, pois se o quisesse teria repetido o gesto nas escrituras que foram sendo geradas a partir daquela.

Por evidente, também, que não se está tratando de uma alteração ou cancelamento de loteamento, prevista no art. 28 da Lei Federal n. 6.766, “qualquer alteração ou cancelamento parcial do loteamento registrado dependerá de acordo entre o loteador e os adquirentes de lotes atingidos pela alteração, bem como da aprovação pela Prefeitura Municipal, ou do Distrito Federal quando for o caso, devendo ser depositada no Registro de Imóveis, em complemento ao projeto original, com a devida averbação”.

O dispositivo em questão trata de alteração realizada pelo loteador no projeto do loteamento, o que nada tem a ver com o caso vertente, como bem explanado pelo Representante do Ministério Público, ilustríssimo Alexandre Herculano Abreu, às fls.1.067-1.068:

“Contudo, não se aplica tal artigo ao presente caso, tendo em vista que o memorial descritivo se baseava em lei municipal não só da quadra F, local onde se pretende finalizar a construção do supermercado, mas também das quadras G, H (apenas os lotes 60 e 61), J (lotes 80 e 81) e M (lote 104), todos fronteiros à Rua João Pio Duarte da Silva. O aval dos proprietários só seria necessário se a alteração ou cancelamento parcial fosse promovido pelo loteador, o que não ocorreu”.

Destarte, não há que se falar em violação a ato jurídico perfeito, direito adquirido ou princípio da segurança jurídica, pois, como

já dito, não há restrição convencional alguma para o loteamento Jardim Germânica.

Sobre a questão do pretense direito adquirido, expõe Toshio Mukai, em sua obra *Direito-Ambiental Brasileiro* (São Paulo: Dialética, 2002, p.276):

“A questão se põe é se será possível, àquele morador, arguir ‘direito adquirido’ àquela condição de ter seu imóvel localizado em zona estritamente residencial. Se isso for verdade, o Município jamais poderá alterar, por lei, o zoneamento da cidade, mesmo que o interesse do desenvolvimento urbano assim o dite. *A nós nos parece que aí não há se falar em ‘direito adquirido’, posto que se trata de uma situação geral em que fica locado o referido morador, por força da lei. Se a lei se altera, a situação se modifica naturalmente. Não se trata de um direito individual que se ligou de modo permanente ao patrimônio do morador*” (grifo nosso).

b) ofensa ao art. 25 do ADCT da Constituição Estadual:

É fato incontroverso: a lei municipal questionada (Lei Complementar n. 001/97 do município de Florianópolis) alterou o uso de parte da área do Loteamento Jardim Germânia, transformando-a de área residencial exclusiva (ARE) para área residencial predominante (ARP-4). Com essa alteração legislativa, estabelecimentos comerciais que antes não poderiam ser construídos na referida localidade, doravante poderão ser construídos.

Por esta razão é possível afirmar que a lei impugnada é menos restritiva que a norma anterior.

A questão a ser resolvida para solucionar o presente litígio é saber se o artigo do ADCT é, ou não, constitucional.

A matéria é extremamente polêmica e controversa no Tribunal Catarinense, razão pela qual nesse ponto, transcrevo a posição do Des. Monteiro Rocha, em declaração de voto vencido na ADIn n. 2002.005697-4, da Capital, que entendo aplicável à hipótese em exame:

“*Em suma, como já acenamos anteriormente, são de eficácia plena as normas constitucionais que: a) contenham vedações ou proibições; b) confram isenções, imunidades e prerrogativas; c) não designem órgãos ou autoridades especiais a que incumbam especificamente sua execução;*

d) não indiquem processos especiais de sua execução; e) não exijam a elaboração de novas normas legislativas que lhes completem o alcance e o sentido, ou lhes fixem o conteúdo, porque já se apresentem suficientemente explícitas na definição dos interesses nelas regulados' (SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 2ª edição: revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p. 89).

“O art. 25 do ADCT da Constituição Estadual proíbe enfaticamente os municípios de editarem normas menos restritivas sobre a utilização de imóveis no âmbito de seu território. Encerrando uma proibição que não depende de qualquer outra norma posterior para sua validade, é norma de eficácia plena e de vigência transitória, pois vigorará até que seja instituído o Plano Estadual de Gerenciamento Costeiro.

“Ademais, utilizando-se a clássica exemplificação de Ruy Barbosa a respeito das normas constitucionais, a norma em questão, por ser proibição constitucional que independe de qualquer agente para executá-la, ou norma posterior para dar-lhe validade, é classificada como auto-aplicável. Vide, a propósito, José Afonso da Silva, op. cit., p. 64-65.

“Quer por ter eficácia plena, quer por ser auto-aplicável, a norma constitucional proibitiva tem aplicação imediata na hipótese, vedando ao Município de Florianópolis a edição de norma menos restritiva a respeito do zoneamento urbano. Assim, é imperativo que se examine a validade da referida norma (art. 25 do ADCT) frente a Constituição Federal.

“No art. 30, incisos I e VIII, da Constituição Federal há normas indicando a competência legislativa dos Municípios. Transcreve-se-as:

‘Compete aos municípios:

‘I – legislar sobre assuntos de interesse local;

‘VIII – promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano’.

“O art. 24, I, da Constituição Federal, por sua vez, estabelece a competência legislativa concorrente entre União, Estados e Distrito Federal para legislar sobre direito urbanístico.

“Fazendo uma interpretação sistemática desses dispositivos constitucionais, Ubirajara Custódio Filho ensina o seguinte:

‘Isto posto, parece lícito afirmar que o Constituinte de 88, ao inserir no texto do art. 30, VIII, da Carta, a locução no que couber, apesar de desnecessária, quis significar que tal competência do Município para promover adequado ordenamento territorial há de ser exercida, primeiro, em harmonia com a legislação federal e a estadual pertinentes; segundo, dentro dos limites do perímetro urbano municipal; e terceiro, naquilo que for compatível com a realidade local.

‘Importa sobremaneira reparar nesses pontos, vez que o ente municipal não reina absoluto em matéria urbanística. Sem embargo do disposto no art. 30, VIII, da CF/88, todas as pessoas políticas do Estado brasileiro receberam, em alguma medida, o encargo de cuidar da urbanificação do território nacional.

‘A União exerce sua competência urbanística em duas frentes: uma no âmbito das atribuições que lhe são conferidas pelo art. 21, IX e XX da CF/88; outra, no campo legislativo, ora tratando de planos nacionais e regionais de urbanificação, ora editando normas gerais de direito urbanístico, em conformidade com o art. 24, §1º, da CF/88.

‘Os Estados-membros, consoante reza o art. 25, § 3º, da CF/88, podem, mediante lei complementar, instituir regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões; e, eventualmente, ao lado do Distrito Federal, cabe-lhes suplementar as normas gerais de direito urbanístico emanadas da União (art. 24, I e § 2º).

‘O Município, por sua vez, é responsável pela consecução da tarefa urbanificadora que lhe é destinada pelo art. 30, VIII, da CF/88.

‘Conhecida essa partilha constitucional de competências urbanísticas, prossiga-se com a análise específica da aludida competência municipal, discernindo, do uso, a ocupação, e, de ambos, o parcelamento do solo urbano.

‘Ordenar o uso do solo urbano importa eleger, por meio de lei municipal, os usos adequados às diversas áreas contidas no perímetro urbano do Município. É o que se costuma designar zoneamento, definido por Celso Antônio Bandeira de Mello como ‘a disciplina condicionadora do uso da

propriedade imobiliária mediante delimitação de áreas categorizadas em vista das utilizações urbanas nelas admitidas.

‘Nessa tarefa de ordenação do uso do solo, distinguem-se dois momentos: primeiro, mediante lei municipal, são editadas as normas de zoneamento, compreendendo as diretrizes gerais de uso do solo urbano local e a divisão deste quanto à sua destinação própria; segundo, por via de decreto, procede-se à individualização das zonas indicadas na lei’ (CUSTÓDIO FILHO, Ubirajara. As Competências do Município na Constituição Federal de 1988. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999, p. 105-107).

‘Como se vê, o Estado-membro tem competência e deve legislar a respeito de matéria urbanística, mas sua atuação é limitada. A fim de apresentar os limites de atuação dos estados-membros no campo urbanístico, transcreve-se a seguinte lição doutrinária:

‘A competência dos Estados-membros e do Distrito Federal em matéria de Urbanismo deflui do art. 24, I, da CF, concorrentemente com a União, permanecendo com esta a edição de normas gerais e com aqueles a de normas suplementares (art. 24, § 2º). Daí caber aos Estados-membros organizar o plano estadual de Urbanismo e editar as normas urbanísticas regionais, adequadas ao seu território, observados os princípios federativos de repartição e limites de atribuições das quatro esferas estatais’ (MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Municipal Brasileiro. 10. edição: atualizada por MONTEIRO, Izabel Camargo Lopes e PRENDES, Célia Marisa Prendes. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 401).

‘A seguir, explicitando o campo de atuação dos Municípios, o renomado mestre administrativista assevera que ‘as atribuições municipais, no campo urbanístico, desdobram-se em dois setores distintos: o da ordenação espacial, que se consubstancia no plano diretor e nas normas de uso, parcelamento e ocupação do solo urbano e urbanizável, abrangendo o zoneamento, o loteamento e a composição estética e paisagística da cidade; e o de controle da construção, incidindo sobre o traçado urbano, os equipamentos sociais, até a edificação particular nos seus requisitos estruturais funcionais e estéticos, expressos no Código de Obras e normas complementares’ (MEIRELLES, Hely Lopes, op. cit., p. 402).

“Assim, as normas de zoneamento urbano são de competência municipal exclusiva, daí o motivo pelo qual o jurista Hely Lopes Meirelles conclui que a competência urbanística dos Municípios é plena em seus limites exclusivamente urbano. Neste sentido, op. cit., p. 403.

“Destarte, o Município, que tem competência plena e exclusiva para editar regras de uso e ocupação do solo urbano e, em consequência, fazer o respectivo zoneamento citadino, está subordinado às diretrizes gerais do plano estadual de urbanismo fixadas na Constituição Estadual.

“Todavia, o art. 25 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, ao vedar aos municípios a edição de normas de zoneamento menos restritivas até que seja editado o Plano Estadual de Urbanismo, invade seara de competência exclusiva da municipalidade e, assim, ofende a relativa autonomia municipal.

“A propósito, tratando sobre a autonomia municipal, a doutrina entende que ‘não se agrega de modo absoluto, em nome da qual tudo possa ser praticado, mas requer seja exercitada harmoniosamente com o balizamento contido na Lei Maior, pois autônomos, frise-se, são todos: União, Estados-membros, Distrito Federal e municípios (CF/88, art. 18, caput)’ (CUSTÓDIO FILHO, Ubirajara, op. cit., p. 33).

“No mesmo sentido, e ainda mais explícito, Ayrton Pinassi assevera, ao comentar o art. 30, VIII, da Constituição Federal, que ‘não pode, porém, o município esquecer-se de que não é plenamente autônomo, precisando para a consecução de seu plano diretor adaptar-se às leis federais e estaduais’ (PINASSI, Ayrton. Direito Municipalista Constitucional. Campinas/SP: Conan Editora, 1995, p. 125).

“O Plano Estadual de Gerenciamento Costeiro não foi editado pelo legislador catarinense, de modo que não se pode sequer cogitar de ilegalidade da norma municipal, fato este, inclusive, que não se analisa em ação direta de inconstitucionalidade.

“Assim, conclui-se que a diretriz geral e transitória do art. 25 do ADCT extrapolou os ditames da Constituição Federal, afrontando o princípio federativo e a autonomia municipal” (grifo nosso).

Por sua vez, na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2005.011001-4, de São José, a tese supra descrita foi vencedora, senão vejamos:

‘MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE — LEI MUNICIPAL N. 4.210/04 DO MUNICÍPIO DE SÃO JOSÉ — ÁREA INTEGRANTE DA ORLA MARÍTIMA — DISPOSIÇÕES SOBRE O USO E OCUPAÇÃO DO SOLO — MODIFICAÇÃO MENOS RESTRITIVA DO PLANO DIRETOR — VIOLAÇÃO AO ART. 25 DO ADCT — INOCORRÊNCIA — COMPETÊNCIA EXCLUSIVA DO MUNICÍPIO EM LEGISLAR — IMPACTO AMBIENTAL — ELABORAÇÃO IMPRESCINDÍVEL – *FUMUS BONI IURIS E PERICULUM IN MORA* NÃO EVIDENCIADOS — SUSPENSÃO DA EFICÁCIA DA LEI – DENEGAÇÃO. Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2005.011001-4, da comarca de São José (Vara da Fazenda Pública), em que são requerentes o Coordenador-Geral do Centro de Controle de Constitucionalidade — CECCON e o Promotor de Justiça da comarca de São José, sendo requerido o município de São José: ACORDAM, em Tribunal Pleno, por maioria de votos, denegar a medida cautelar pleiteada’ (grifo nosso).

Como visto, o planejamento urbanístico local encontra seu fundamento no artigo 30, inciso VIII, da CF/88. Nesse dispositivo está o reconhecimento exclusivo do Município para promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle de uso do parcelamento e da ocupação do solo urbano.

José Afonso da Silva leciona que ‘é competência própria, exclusiva, que não comporta interferência nem da União nem do Estado’ (O Município na Constituição de 1988, São Paulo: RT, 1989, p. 62).

No mais, deve-se observar o disposto no § 1º do art. 182 da Constituição Federal: ‘*O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana.*’

Portanto, o planejamento local possui a finalidade de disciplinar o uso, o parcelamento e a ocupação do solo urbano na área territorial do Município. Esse ordenamento deve ser posto no Plano Diretor, aprovado pela Câmara Municipal, elevado pela Constituição como instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana, obrigatório para as cidades com mais de vinte mil habitantes, nos termos do art. 182, § 1º, da Constituição Federal.

Não se vê, portanto, como possa o Constituinte Estadual limitar o legislador municipal, impossibilitando-o de alterar o Plano Diretor para adequá-lo às necessidades de expansão municipal e aos anseios da comunidade local.

Ensina Diogenes Gasparini *‘A competência para elaborar o Plano Diretor é do Município, pois lhe cabe executar a política urbana, cujo principal instrumento para efetivá-la é o Plano Diretor, consoante rezam o art. 182 e seu § 1º da Constituição Federal’* (INTERESSE PÚBLICO – ano 6, n. 31, maio/junho 2005 – Porto Alegre: Notadez)

Para Hely Lopes Meirelles (Direito Municipal Brasileiro. 6. ed., 3. tir. atualizada por Izabel Camargo Lopes Monteiro e Yara Darcy Police Monteiro. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 393), Plano Diretor *‘é o complexo de normas legais e diretrizes técnicas para o desenvolvimento global e constante do Município, sob aspectos físico, social, econômico e administrativo, desejado pela comunidade local’*.

Ora, a questão sobre a Instalação do supermercado Hippo naquela região foi amplamente discutida pela comunidade, tendo ocorrido abaixo-assinado fls. 432-490 bem como uma audiência pública da Comissão de Defesa do Consumidor e Direitos Humanos, consoante se infere da cópia da ata fls. 897-910.

Assim, a instalação do supermercado Hippo na quadra F do loteamento Jardim Germânia, vem ao encontro dos anseios da comunidade. Comunidade esta, que vive em constante mutação e crescimento, devendo por conseguinte o Plano diretor respeitar e sofrer atualizações e revisões periódicas. Isto porque, o Plano diretor não é estático, exigindo, assim constantes atualizações.

Destarte, o alvará de licença n. 123 concedido pelo Município de Florianópolis ao requerido Vahl Comércio de Imóveis Ltda., para a construção do supermercado HIPPO nos Lotes n. 47, 48, 49, 50, 51, 52 e 53 da quadra F, do Loteamento Jardim Germânia, é válido, porque em consonância com a Lei Complementar n. 001/97.

[...]

ISSO POSTO, JULGO IMPROCEDENTES os pedidos formulados pelos autores, nos termos da fundamentação.

Em razão da sucumbência, condeno os autores a arcarem com as despesas processuais, além de honorários aos patronos dos re-

queridos, conforme fundamentação *supra* (grifo no original) (fls. 1.122-1.133).

Há que acrescentar ao exposto, ainda, a decisão que rejeitou os embargos de declaração opostos pelos autores. Assim consignou a digna Magistrada Luciana Pelisser Gottardi:

No caso em estudo, em verdade não há omissão na sentença, se não vejamos:

Primeiramente, deve-se observar que a sentença analisou a constitucionalidade da Lei Complementar n. 001/97, e sendo assim, determinou a validade do Alvará n. 123, nos seguintes termos:

“Destarte, o Alvará de Licença n. 123, concedido pelo município de Florianópolis ao requerido Vahl Comércio de Imóveis Ltda., para a construção do supermercado HIPPO nos Lotes n. 47, 48, 49, 50, 51 e 53 da quadra F, do Loteamento Jardim Germânia, é válido, porque em consonância com a Lei Complementar n. 001/97” (fl. 1.132).

Alega a embargante, por sua vez, que houve omissão na decisão pois, não houve manifestação sobre a falta do Estudo Prévio do Impacto da Vizinhança, e do Estudo de Impacto Ambiental.

É consabido que os estudos ambientais preliminares (Estudo Prévio do Impacto da Vizinhança e Estudo de Impacto Ambiental) são criados com o objetivo de harmonizar o meio ambiente com o desenvolvimento socioeconômico, conciliando o equilíbrio ambiental e o desenvolvimento urbano, visando assegurar condições necessárias ao progresso urbano e uma qualidade de vida à coletividade.

Ensina Álvaro Luiz Valery Mirra, o EIA é condição para o licenciamento de obras e atividades potencialmente causadoras de “significativa degradação do meio ambiente” e não de qualquer empreendimento degradador. Toda atividade ou obra sujeita a estudo de impacto ambiental está também sujeita a licenciamento ambiental (in Impacto Ambiental aspectos da Legislação brasileira. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002, p. 33).

Por sua vez, salienta Rita de Cássia Sapia Alves da Cruz, *que diferente do EPIA (Estudo prévio de impacto ambiental) previsto no artigo 225, § 1º, IV, da Constituição Federal, exigível somente nos casos em que haja efetiva degradação do meio ambiente, a Lei n. 20.257/2005, criou o*

EIV, voltado para o ambiente urbano, que será exigível em qualquer caso, independente da ocorrência ou não de significativo impacto de vizinhança, visto que o estudo contempla os efeitos positivos ou negativos do empreendimento ou atividades privados ou públicos, quanto à qualidade de vida da população residente na área urbana ou proximidades (in A Cidade e os seus ruídos, in A cidade e seu estatuto. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2005, p. 309).

Estabelecem os arts. 4º, VI, e 36 da Lei n. 10.257/01, Estatuto da Cidade:

“Art. 4º – Para fins desta Lei, serão utilizados entre outros instrumentos:

[...]

‘VI – estudo prévio de impacto ambiental (EIA) e estudo prévio de Impacto de vizinhança (EIV)’

‘Art. 36 – Lei Municipal definirá os empreendimentos e atividades privados ou públicos em área urbana que dependerão de elaboração de estudo prévio de impacto de vizinhança (EIV) para obter as licenças ou autorização de construção, ampliação ou funcionamento a cargo do Poder Público municipal.’

São várias as atividades e obras públicas e privadas que devem se sujeitar à prévia elaboração do EIA, mas não são em todas, só naquelas potencialmente causadoras de significativa degradação ambiental, sendo que um supermercado não se enquadra nessa qualificação. No mesmo sentido, o parecer do ilustre representante do Ministério Público fls.1.063/1.075.

Quanto aos empreendimentos sujeitos à elaboração do Estudo de Impacto de Vizinhança, o artigo 36 do Estatuto da Cidade, conforme visto, dispõe que Lei municipal definirá os empreendimentos e atividades privados ou públicos em área urbana que dependerão do estudo. Assim, cada município fixará critério, por meio de lei municipal, a partir dos quais serão determinados as atividades e empreendimentos submetidos à regra da lei federal.

Diante dessas considerações, observa-se que na época da expedição do alvará não havia a necessidade dos aludidos estudos, nesse sentido, foi o teor do ofício do Secretário de Urbanismo e Serviços Público, cópias fls. 427-428:

“O empreendimento do porte da construção aqui citada, é precedido do chamado ‘estudo específico de localização’ realizado pelo Instituto de Planejamento Urbano de Florianópolis, tudo conforme dispõe a Lei Complementar n. 001/97 (Plano Diretor do Município).

“O Estatuto da Cidade dispõe, no seu artigo 36 que o Município, através da Lei Municipal definirá e classificará os empreendimentos para os quais seja necessário o Estudo de Impacto da vizinhança (EIV). Esta lei encontra-se atualmente em tramitação na Câmara de Vereadores da Capital. O regulamento previsto no estatuto da Cidade não é auto aplicável pois, necessário regulamentação por lei complementar”.

Assim, como a sentença manteve válido o Alvará n. 123 porque este havia observado os preceitos da Lei Complementar n. 001/97 (Plano Diretor do Município de Florianópolis), e na época da expedição do alvará a lei municipal não exigia o Estudo Prévio do Impacto da Vizinhança, não há que se falar em nulidade do alvará, tampouco em omissão da sentença nesse ponto.

Quanto à alegativa de omissão, por ausência de fundamentação no que tange à possível ocorrência de sérios impactos urbanísticos na localidade, caso a obra fosse levada a efeito.

Da mesma forma, não merece guarida tal afirmativa, como já dito anteriormente, a sentença manteve válido o Alvará n.123 porque este havia observado os preceitos da Lei Complementar n. 001/97 (Plano Diretor do Município de Florianópolis).

E na espécie, mantendo-se válido a licença de construção, não há que falar em impactos urbanísticos, pois estes se existissem, o alvará não seria expedido.

No mais, o “[...] juiz não é perito que se obriga a responder todas as alegações das partes. Tendo encontrado motivo suficiente para basear a decisão é o que basta. Não há necessidade de responder um a um todos os argumentos das partes sendo suficiente restringir-se aos pontos controvertidos da lide” (Embargos de Declaração n. 2.711, Palhoça, j. 14-5-1991 — relator Des. Amaral e Silva).

Diante disso, verifica-se que as questões ditas omissas foram analisadas implicitamente, ao determinar que o alvará é válido porque em consonância com a Lei Complementar n. 001/97.

Por fim, é consabido que não se pode erigir por meio dos embargos declaratórios uma instância revisora dos julgados. Contudo, por construção jurisprudencial é possível emprestar aos embargos declaratórios efeitos infringentes, modificativos do julgado quando, face a suprimento da omissão, dissipação da dúvida, correção do erro ou em razão do esclarecimento deste importar, necessariamente, na alteração do *decisum* embargado.

No caso em tela verifica-se, claramente, que o embargante pretende inverter o teor da decisão de fls. 1.119-1.133, sob o argumento de que não foram apreciados corretamente algumas das causas de pedir.

No entanto, não se enquadra o *decisum* vergastado no rigorismo do balizamento que autoriza tal alteração, razão pela qual são rejeitados.

Por tais motivos, REJEITO os embargos declaratórios opostos por Aloar Nardelli e outros, persistindo a sentença objurgada tal como lançada, não havendo qualquer omissão a ser sanada (grifo no original) (fls. 1.144-1.148).

Não bastasse, colhe-se da manifestação do digno Procurador de Justiça Plínio Cesar Moreira:

No que tange ao mérito, melhor sorte não assiste aos apelantes.

Primeiro porque o art. 25 do ADCT da Constituição Estadual, “ao vedar ao Município a edição de normas de zoneamento menos restritivas até que seja editado o Plano Estadual de Urbanismo, invade seara de competência exclusiva da municipalidade e, assim, ofende a relativa autonomia municipal”, esculpida no art. 30, VIII, da Constituição da República.

Assim, a Lei Complementar Municipal n. 001/97, responsável pela alteração de zoneamento operada no Loteamento Jardim Germânia, ao contrário do art. 25 do ADCT da Constituição Estadual, não pode ser tida como inconstitucional.

Nesse diapasão é o entendimento majoritário dessa Corte Catarinense de Justiça, conforme lembrado pelo douto colega do Ministério Público *a quo*, Dr. Alexandre Herculano Abreu, *verbis*:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE — LEI COMPLEMENTAR — MUNICÍPIO DE FLORIANÓPOLIS — ALEGADA AFRONTA À DISPOSIÇÃO CONSTITUCIONAL ESTADUAL. LEGITIMIDADE DO REPRESENTANTE DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA PARA PROPOR AÇÃO DIRETA — DISPOSITIVO QUE REPETE LEI FEDERAL — CARÊNCIA DE AÇÃO — PRELIMINARES REJEITADAS.

“LEI COMPLEMENTAR N. 030/2001 — ZONEAMENTO DE ÁREA — BAIRRO BOM ABRIGO — USO E OCUPAÇÃO DO SOLO — ALTERAÇÃO DAS DISPOSIÇÕES DA LC N. 001/1997 — NORMA MENOS RESTRITIVA QUE A ANTERIOR — ALEGAÇÃO DE AFRONTA AO ART. 25 DO ATO DAS DISPOSIÇÕES TRANSITÓRIAS DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE SANTA CATARINA — CONTROLE CONCENTRADO — NORMA ESTADUAL QUE RESTRINGE AUTONOMIA MUNICIPAL EM FLAGRANTE AFRONTA À CONSTITUIÇÃO FEDERAL — CONTROLE DIFUSO DA CONSTITUCIONALIDADE — INAPLICABILIDADE DA NORMA ESTADUAL.

“INEXISTÊNCIA DE OFENSA AOS ARTS. 140, 141 E 181 DA CE — NORMAS CONSTITUCIONAIS NÃO AUTO-APLICÁVEIS — DESNECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA PELO LEGISLADOR MUNICIPAL — DANO AMBIENTAL DECORRENTE DA ALTERAÇÃO LEGISLATIVA — OFENSA AOS ARTS. 140 E 181 DA CE/89 INDEMONSTRADA — OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA IMPESSOALIDADE E MORALIDADE ADMINISTRATIVA — INOCORRÊNCIA — NORMA MUNICIPAL HÍGIDA — AÇÃO DIRETA IMPROCEDENTE.

[...]

“O art. 25 do ADCT do Estado de Santa Catarina, ao proibir que os municípios localizados na orla marítima editem normas e diretrizes menos restritivas que as existentes sobre o uso do solo, invade a competência exclusiva dos municípios e, conseqüentemente, fere o princípio da autonomia legislativa municipal, em flagrante afronta ao artigo 30, inciso VIII, da CF/88. A Lei Complementar n. 030/2001, do Município de Florianópolis, que alterou normas de zoneamento do Bairro Bom Abrigo, estabelecidas anteriormente

pela LC n. 001/1997, a respeito do uso e ocupação do solo, não terá suspensa sua eficácia, na ausência de elementos que permitam inferir a possibilidade de ocorrência de dano ambiental” (Ação Direta de Inconstitucionalidade 2003.009008-8, rel. Des. Wilson Augusto do Nascimento).

Segundo porque não existe direito adquirido à não-modificação de zoneamento urbano.

Consoante Toshio Mukai, citado pela Magistrada no corpo da sentença: “será possível, àquele morador, argüir direito adquirido àquela condição de ter seu imóvel localizado em zona estritamente residencial. Se isso for verdade, o Município jamais poderá alterar, por lei, o zoneamento da cidade, mesmo que o interesse do desenvolvimento urbano assim o dite” (fl. 1.125).

O juiz de Direito Hélio do Valle Pereira dirime brilhantemente esse ponto controverso na decisão interlocutória 513-518, da qual se colige os seguintes excertos:

Ressalvados os excêntricos, todos preferem residir rodeados pela mansuetude, tanto mais quando se opta por erguer residência unifamiliar em local que tradicionalmente está afastado do centro urbano.

Essa perenidade de sossego, entretanto, não há como ser assegurada em termos absolutos.

As alterações da cidade são dinâmicas e de difícil projeção. Em curto espaço, aquele local que inicialmente era bucólico transforma-se em ponto de convergência de grande fluxo de pessoas. As adjacências dos imóveis em discussão nos autos não eram, não faz tantos anos, praticamente rurais. Hoje, têm conotação somente residencial, mas igualmente empresarial.

As necessidades da população florianopolitana se avolumam. O incremento populacional e o desenvolvimento econômico impõem a oferta de serviços. Mesmo aqueles que apostaram no sossego não podem renegar que se servem de postos de gasolina, academias de ginásticas, escolas e assim sucessivamente.

Esses empreendimentos econômicos deverão estar postados em algum lugar – e sempre haverá aqueles que, mais próximos, possam sentir-se incomodados. Todos, no entanto, a eles acorrerão. Em se

levando ao extremo essa polêmica, supermercados deveriam ficar confinados a uma distância enorme de qualquer residência – ao menos até que, naquele local, elas aparecessem.

Frise-se que o próprio Código Civil, ao dispor sobre normas atinentes ao direito de vizinhança, determinou:

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

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

Entretanto, o legislador não deixou de fazer importante ressalva: “O direito a que se refere o artigo antecedente não prevalece quando as interferências forem justificadas por interesse público, caso em que o proprietário ou o possuidor, causador delas, pagará ao vizinho indenização Cabal’ (art. 1.278).

Terceiro porque para a construção do Supermercado objeto do litígio não é necessário o estudo prévio de impacto ambiental (EPIA), previsto no art. 225, inciso IV, da *Lex Suprema*, haja vista que a obra não é considerada causadora de significativa degradação ambiental pela Resolução n. 001/86 do CONAMA.

Da mesma forma, o Estudo de Impacto de Vizinhança é dispensável para o empreendimento em questão.

Determina o artigo 36 da Lei n. 10.257/01 que “*lei municipal definirá os empreendimentos e atividades privados ou públicos em área urbana que dependerão de elaboração de estudo prévio de impacto de vizinhança (EIV) para obter as licenças ou autorizações de construção, ampliação ou funcionamento a cargo do Poder Público Municipal*” (grifou-se).

Hodiernamente, o referido dispositivo encontra-se sem regulamentação. O projeto de lei está tramitando na Câmara de Vereadores da Capital, sendo que por não possuir o predicado da auto-aplicabilidade, a providência suso mencionada jamais poderá obstar o direito dos recorridos.

Por derradeiro, cumpre ser enfrentada a alegação de nulidade do alvará de construção por fato superveniente relatado nos autos do processo administrativo de licenciamento urbanístico movido pelo apelado Vahl Comércio de Imóveis Ltda. junto à municipalidade.

Afirmam os apelantes que o referido alvará de construção está eivado de nulidade insanável. Argumentam que o Município, sem qualquer fundamentação, dispensou as exigências decorrentes de estudo de localização de empreendimento realizado em 2003, tais como a duplicação de duas vias das imediações da obra, devido aos elevados impactos no tráfego.

Contudo, como os próprios apelantes descrevem à fl. 1.191, e pode ser verificado no Ofício do IPUF n. 0067/2004 (fl. 647), a aludida exigência foi mitigada mediante o fundamento de dificuldades no processo de desafetação dos imóveis, permitindo-se que fosse levada a efeito em uma segunda fase, quando o Poder Público liberasse as áreas necessárias ao alargamento viário da Rua João Pio Duarte e Silva e Rua Munique.

Destarte, em que pese de forma simplificada (como dito nas razões à fl. 1.191), constata-se a devida motivação para a dispensa momentânea das exigências, inexistindo o vício apontado.

O que se vislumbra de todo o exposto é a tentativa de análise do mérito do ato administrativo por parte dos recorrentes, atitude defesa ao Judiciário, ao qual compete tão-só o controle de legalidade daquele.

Isto posto, opina-se pelo conhecimento e improvimento da apelação (grifo no original) (fls. 1.308-1.313).

Outrossim, não custa enfatizar a absoluta legalidade da mudança de zoneamento e da destinação do loteamento objurgado, o que se extrai da Lei n. 10.257, de 10-7-2001, que “regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências”:

Art. 39. A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor, assegurando o atendimento das necessidades dos cidadãos quanto à qualidade de vida, à justiça social e ao desenvolvi-

mento das atividades econômicas, respeitadas as diretrizes previstas no art. 2º desta Lei.

Art. 40. O plano diretor, aprovado por lei municipal, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana.

[...]

§ 3º A lei que instituir o plano diretor deverá ser revista, pelo menos, a cada dez anos.

E, porque inexistem restrições convencionais a respeito do uso do referido loteamento exclusivamente para fins residenciais, consoante os documentos juntados pelos próprios autores, não se cogita de nenhuma afronta à Constituição Federal:

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

[...]

XXXVI — a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;

De igual modo, a Lei de Introdução ao Código Civil não foi desrespeitada:

Art. 6º A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.

Tampouco houve inobservância à Lei n. 6.766, de 19-12-1979, que dispõe sobre o parcelamento do solo urbano:

Art. 28 — Qualquer alteração ou cancelamento parcial do loteamento registrado dependerá de acordo entre o loteador e os adquirentes de lotes atingidos pela alteração, bem como da aprovação pela Prefeitura Municipal, ou do Distrito Federal quando for o caso, devendo ser depositada no Registro de Imóveis, em complemento ao projeto original, com a devida averbação.

Afinal, à época da aquisição dos imóveis situados no loteamento em que se pretende construir o supermercado debatido, nada foi estipulado para o fim de vedar a instalação de empreendimentos comerciais no local, o que seria necessário para o acolhimento da pretensão dos autores, conforme dita a Lei n. 6.766, de 19-12-1979:

Art. 45 — O loteador, ainda que já tenha vendido todos os lotes, ou os vizinhos, são partes legítimas para promover ação destinada a impedir construção em desacordo com restrições legais ou contratuais.

Então, vale frisar, os autores não possuem o invocado direito adquirido ao uso exclusivamente residencial do referido loteamento.

Melhor sorte não assiste aos autores no que se refere à inconstitucionalidade parcial da Lei Complementar n. 001/97, diante do disposto no art. 25 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT da Constituição Estadual e da imposição de menos restrições à ocupação do solo. É que se entende como inconstitucional, na verdade, o art. 25 do ADCT da Constituição Estadual.

Nesse sentido, esta Corte já decidiu:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI COMPLEMENTAR N. 011/2002 DO MUNICÍPIO DE ITAPEMA – NORMA MENOS RESTRITIVA QUE A ANTERIOR – ALEGAÇÃO DE AFRONTA AO ART. 25 DO ATO DAS DISPOSIÇÕES TRANSITÓRIAS DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE SANTA CATARINA – LEGITIMIDADE DO REPRESENTANTE DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA PARA PROPOR ACÇÃO DIRETA – PRELIMINARES REJEITADAS – CONTROLE CONCENTRADO – NORMA ESTADUAL QUE RESTRINGE AUTONOMIA MUNICIPAL EM FLAGRANTE AFRONTA À CONSTITUIÇÃO FEDERAL – CONTROLE DIFUSO DA CONSTITUCIONALIDADE – INAPLICABILIDADE DA NORMA ESTADUAL – ACÇÃO DIRETA IMPROCEDENTE.

[...]

“O art. 25 do ADCT do Estado de Santa Catarina, ao proibir que os municípios localizados na orla marítima editem normas e diretrizes menos restritivas que as existentes sobre o uso do solo, invade a competência exclusiva dos municípios e, conseqüentemente, fere o princípio da autonomia legislativa municipal, em flagrante afronta ao artigo 30, inciso VIII, da CF/88 (Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2003.009008-8, da Capital, rel. Des. Wilson Augusto do Nascimento)” (grifo no original) (Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2002.012052-4, de Itapema, Tribunal Pleno, relator o Des. Solon d’Eça Neves, j. em 17-1-2007. Disponível em: <<http://www.tj.sc.gov.br>>. Acesso em: 17 jun. 2008).

Ou:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI MUNICIPAL N. 2.195/2002 QUE AMPLIA A UTILIZAÇÃO DO SOLO EM MUNICÍPIO LOCALIZADO NA ORLA MARÍTIMA. VEDAÇÃO CONTIDA NO ART. 25 DO ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS DA CARTA ESTADUAL. DISPOSITIVO QUE AFRONTA A AUTONOMIA MUNICIPAL PREVISTA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES DA CONCESSÃO DA MEDIDA CAUTELAR.

O enunciado contido no art. 25 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da CESC, ao vedar a edição de normas que ampliem a utilização do solo, subsolo, águas e imóveis no âmbito dos municípios localizados na orla marítima, fere a competência exclusiva dos municípios para legislar acerca do ordenamento territorial, consoante art. 30, VIII, da CF/88.

Não obstante a autonomia estadual, caracterizada pela capacidade de normatização própria, autogoverno e administração, é imperioso que se obedeça os princípios insertos na Constituição Federal, entre eles o da autonomia municipal.

Não havendo no Estado de Santa Catarina legislação disciplinando a ocupação das áreas localizadas na Zona Costeira e os seus recursos naturais, ou seja, não tendo o Estado editado o Plano Estadual de Gerenciamento Costeiro, os municípios submetem-se apenas às vedações estabelecidas no Plano Nacional de Gerenciamento Costeiro.

Ausente a verossimilhança do direito invocado na exordial, com vistas à suspensão da norma atacada, porquanto baseada em dispositivo da Carta Estadual que se revela contrário à Constituição Federal, impõe-se a negativa da medida cautelar requerida (Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2004.036629-2, de Balneário Camboriú, Tribunal Pleno, relator o Des. Carlos Prudêncio, j. em 19-8-2005. Disponível em: <<http://www.tj.sc.gov.br>>. Acesso em: 17 jun. 2008).

E, em caso análogo, o Supremo Tribunal Federal julgou:

EMENTA: — DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO.

MUNICÍPIOS COM MAIS DE CINCO MIL HABITANTES: PLANO DIRETOR.

ART. 195, *CAPUT*, DO ESTADO DO AMAPÁ. ARTIGOS 25, 29, 30, I E VIII, 182, § 1º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E 11 DO ADCT.

1. O *caput* do art. 195 da Constituição do Estado do Amapá estabelece que “o plano diretor, instrumento básico da política de desenvolvimento econômico e social e de expansão urbana, aprovado pela Câmara Municipal, é obrigatório para os Municípios com mais de cinco mil habitantes”.

2. Essa norma constitucional estadual estendeu, aos municípios com número de habitantes superior a cinco mil, a imposição que a Constituição Federal só fez àqueles com mais de vinte mil (art. 182, § 1º).

3. Desse modo, violou o princípio da autonomia dos municípios com mais de cinco mil e até vinte mil habitantes, em face do que dispõem os artigos 25, 29, 30, I e VIII, da CF e 11 do ADCT.

4. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente, nos termos do voto do Relator.

5. Plenário: decisão unânime (Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 826, do Amapá, Tribunal Pleno, relator o Min. Sydney Sanches, j. em 17-9-1998. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 18 jun. 2008).

Importa salientar que não se desconhece a existência de julgados desta Casa com entendimento diverso do esposado (veja-se a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2002.005697-4, da Capital, Tribunal Pleno, relator o Des. Anselmo Cerello, j. em 30-6-2004, e a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2001.002318-6, da Capital, Tribunal Pleno, relator o Des. Sérgio Paladino, j. em 20-8-2003. Disponível em: <<http://www.tj.sc.gov.br>>. Acesso em: 17 jun. 2008), tampouco que se encontra pendente de julgamento no Supremo Tribunal Federal, sob a relatoria do ministro Ricardo Lewandowski, o Recurso Extraordinário n. 246.903, cujo objeto é a constitucionalidade, ou não, do art. 25 do ADCT da Constituição Estadual (disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 9 jun. 2008).

Todavia, por ora não se vislumbra a invocada inconstitucionalidade da Lei Complementar n. 001/97, e deve prevalecer o disposto na Constituição Federal:

Art. 30. Compete aos Municípios:

I — legislar sobre assuntos de interesse local;

[...]

VIII — promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano;

Cumpra, ainda, dizer que já foi promulgada a Lei n. 13.553, de 16-11-2005, que institui o Plano Estadual de Gerenciamento Costeiro, em atendimento ao art. 25 do ADCT da Constituição Estadual, o que encerra futuras discussões a respeito da matéria que se debate nos presentes autos, cuja apreciação, porém, é devida, porque os fatos aqui tratados são anteriores à lei promulgada.

Ademais, além de ser constitucional a Lei Complementar n. 001/97, que alterou a destinação da quadra F do loteamento objurgado e a trans-

formou de “Área Residencial Exclusiva” em “Área Residencial Predominante”, não se verifica a nulidade do Alvará de Licença n. 123, expedido pelo Município, pois descabido o argumento dos autores de que houve desrespeito à Lei n. 10.257, de 10-7-2001:

Art. 4º Para os fins desta Lei, serão utilizados, entre outros instrumentos:

[...]

VI – estudo prévio de impacto ambiental (EIA) e estudo prévio de impacto de vizinhança (EIV).

Art. 36. Lei municipal definirá os empreendimentos e atividades privados ou públicos em área urbana que dependerão de elaboração de estudo prévio de impacto de vizinhança (EIV) para obter as licenças ou autorizações de construção, ampliação ou funcionamento a cargo do Poder Público municipal.

Afinal, inexistente a tal lei municipal que define os empreendimentos e atividades que dependerão de estudo prévio de impacto de vizinhança para a obtenção das respectivas licenças ou autorizações de construção. E, sendo assim, não se pode acobimar de nulo o referido alvará, apenas e porque foi concedido sem a realização do estudo prévio de impacto de vizinhança, uma vez que o dispositivo legal invocado pelos autores não é auto-aplicável e necessita, portanto, de regulamentação.

Também não se cogita, por seu turno, de nenhuma violação ao disposto na Constituição Federal:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º — Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

[...]

IV — exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade;

Isso porque o empreendimento em discussão nos presentes autos, a saber, a construção de um supermercado, não é considerado uma “obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente”; prescinde, em conseqüência, do estudo prévio de impacto ambiental, nos termos da Resolução Consema n. 01/2004 e da Resolução Conama n. 001, de 23-1-1986.

Outrossim, o fato superveniente argüido no recurso de apelação interposto pelos autores, relativo ao condicionamento inicial do alvará de licença impugnado à melhoria do sistema viário da região do empreendimento, o que foi posteriormente dispensado, sem nenhuma fundamentação, não se revela hábil à decretação da nulidade do referido alvará.

É que a exigência feita pelo Município foi dispensada apenas temporariamente e deve ser oportunamente atendida, o que se fez sob o seguinte fundamento:

Em relação ao processo n. 28.526/2002 em nome de Vahl Comércio de Imóveis Ltda., este órgão emitiu os pareceres n. 1.387/2001 e 0418/2003 determinando a implantação do sistema viário planejado para o local, conforme está registrado na Planta n. 1 do parecer n. 0418/2003.

Devido às dificuldades e morosidade nos processos de desafetação dos imóveis necessários à implantação do sistema viário e de propriedade de terceiros, este órgão concorda que o sistema viário para atender o empreendimento seja implantado em duas fases a saber: na primeira fase, o requerente implanta o sistema viário indicado na Planta n. 2, anexada a este ofício e na segunda fase quando o Poder Público liberar as áreas necessárias ao alargamento viário da Rua João Pio Duarte e Silva e Rua Munique o requerente implantará a complementação do sistema viário previsto na Planta n. 1 acima referida (fl. 572).

Daí por que o Alvará de Licença n. 123 não é nulo e é, em decorrência, absolutamente legal a construção do supermercado objurgado no loteamento em que residem os autores, cujas obras, em razão do presente julgamento, devem prosseguir, até porque foi plenamente atendida a determinação constante da Constituição Federal:

Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

§ 1º — O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana.

§ 2º — A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.

Não se ignora o fato de que a construção do tal supermercado poderá causar alguns impactos urbanísticos na localidade. Porém, os supostos “prejuízos” não se sobrepõem à função social da propriedade urbana, expressa na Constituição Federal e constante do Plano Diretor do Município.

A respeito, confira-se:

Autonomia Municipal e limitações ao direito de construir: STF — “Prosseguindo no julgamento de recurso extraordinário interposto contra decisão que, em mandado de segurança, indeferiu pedido de licença para construção de prédio residencial em zona transformada por lei municipal em ‘corredor comercial’ (v. *Informativo* 148), a Turma, por maioria, manteve o acórdão recorrido por entender não estar configurada a ofensa ao direito de propriedade e ao direito adquirido (CF, art. 5º, XXII, XXIII e XXXVI), dado que o direito de propriedade não é absoluto e deve atender à sua função social. Ademais, à época em que a autorização para a construção foi solicitada a lei proibitiva já estava em vigência. Salientou-se, ainda, que ao Município é facultado legislar sobre assuntos de interesse local, e, fundado em conveniências administrativas, limitar o direito de construir (CF, art. 182, §§ 1º e 2º e CC, art. 572). Vencido o

Min. Marco Aurélio que conhecia e dava provimento ao recurso, por entender caracterizada a violação ao direito de propriedade e que a função de planejamento exercida pelo Estado, nos termos do art. 174 da CF, é determinante para o setor público e simplesmente indicativa para o setor privado” (STF – 2ª T. – REExt. nº 178.836/SP – Rel. Min. Carlos Velloso, decisão: 8-6-1999. *Informativo STF*, n. 152) (grifo no original) (MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 1.999-2.000).

Ou:

De acordo com o art. 182, da CF, a política de desenvolvimento urbano deve ser executada pelo Poder Público Municipal, de acordo com diretrizes gerais fixadas em lei formal. Deve ter por objetivo, ainda, ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes. Cabe ao direito urbanístico tratar do uso do solo nas cidades, sendo produto das transformações sociais que ocorreram ao longo do século XX. Em que pese alguns doutrinadores pretenderem limitar ao âmbito restrito das normas edilícias, deve-se afirmar como finalidade precípua deste ramo do Direito a adequação do uso da propriedade, pelo particular, ao cumprimento de sua função social. Existem dois aspectos a considerar: o direito urbanístico trata do conjunto de normas jurídicas reguladoras da atividade do Poder Público, destinadas a ordenar os espaços habitáveis, e, ainda, ao conjunto de normas jurídicas reguladoras da atividade urbanística. Pode ser, também, uma ciência que busca o conhecimento sistematizado relativo às normas e disposições sobre a atividade urbanística no Brasil.

[...]

Cabe ao Município, então, promover o adequado ordenamento territorial, através do planejamento e controle do uso, do parcelamento, do funcionamento e da ocupação do solo urbano. Este tem a atribuição de restringir o domínio privado da propriedade para compatibilizá-la com suas funções sociais. As limitações administrativas correspondem à obrigação de não fazer, de suportar ou de fazer. Distinguem-se estas do direito de vizinhança, porque este foi estabelecido por lei civil, para a proteção da propriedade privada. Aquelas, ao contrário, são normas para a segurança, o sossego e a saúde dos que nela habitam, em prol de toda a comunidade urbana

(COSTA, Nelson Nery; ALVES, Geraldo Magela. *Constituição Federal anotada e explicada*. 3. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 488-489).

Ainda, sobre o princípio da socialidade, colhe-se:

Tantas vezes se afirmou que à época do Código Civil ainda vigente, do Estado liberal, o individualismo e o liberalismo grassavam, razão pela qual os valores da pessoa individual eram superestimados, em detrimento dos interesses gerais da coletividade. Isso se explicava pelo fato de que o homem pré-Revolução Francesa, oprimido pelo soberano eclesiástico ou monárquico, ao se sentir alforriado, tomado só pelos ares da igualdade e da liberdade (não pelo compromisso com a fraternidade, que também é pauta desse movimento transformista), reputava que a propriedade (ou o direito de acessá-la) seria fundamental à realização humana, daí recrudescendo os sentimentos egoísticos.

Mas logo a pragmática evidenciou que o esquema individualista tinha de ser revisto, porque o ser humano, a despeito de ser tido como o centro dos interesses, não pode ser individualista, guiado por sentimentos egoísticos. Deve, antes disso, assumir a condição de membro da comunidade, de comprometido com a prioritária proteção dos valores da coletividade, com o que também os individuais legítimos. Equivale a dizer: o bem-estar individual deve se harmonizar ou se condicionar ao bem-estar geral, como, a propósito, preconiza a Constituição Federal vigente.

Impelido por idêntica concepção, sobreveio o então Projeto do Código Civil, que, incrementado pela Carta Política de 1988 e pela instituição do Estado social, priorizou o “sentido social”, abandonando o liberalismo de outrora. Aliás, ‘se não houve a vitória do socialismo, houve o triunfo da ‘socialidade’, fazendo prevalecer os valores coletivos sobre os individuais, sem perda, porém, do valor fundante da pessoa humana’, realça Reale (1999, p. 7-8).

Não foi por outra razão que a função social do Direito, do contrato, da propriedade, se impôs como um dado geral, fundamental, ao manejo dos direitos subjetivos (estes, portanto, não mais como simples produto do poder da vontade individual), impedindo que o contratante auto-suficiente se imponha abusivamente ao mais fraco, ou o proprietário se comporte – à frente de seus bens – de

modo arbitrário e acintoso, frustrando a função social que justifica tais condições (Aguiar Júnior, 2001, acesso em 5 de maio).

Nesse propósito estão os vários comandos sancionadores do uso abusivo ou irregular do direito subjetivo, em especial o seu art. 187. Enfim, a socialidade é traço marcante ou predominante no Código vindouro. Tanto assim que cunhou e valorizou o conceito de posse-trabalho (ou *pro labore*), submeteu o direito de propriedade à funcionabilidade, aos interesses gerais como limitadores da individualidade, dentre outras inovações. Miguel Reale, retruca as críticas de que essa filosofia social acabaria ‘gerando a massificação e sacrificando a individualidade’, dizendo: ‘trata-se de tolice tão evidente que não merece nem comporta discussão’ (1999, p. 15).

De resto, a opção pelo social não só é tendência jurídica mundial, porquanto fundamental à realização dos valores básicos das pessoas, como é necessária ao combate de posturas arrimadas no vício do ‘jeitinho’, do ‘oportunismo’, da ‘esperteza’, da prevalência dos poderosos. Atende, enfim, aos reclamos de justiça social, distributiva, abominando a ganância dos que se acostumaram com códigos e leis utilizados como instrumentos de dominação. Afinal, e parafraseando o eminente professor Fachin, o Direito deve ser tomado como ‘a serviço da vida’ (Fachin, 2000, p. 15), ou seja, tem de priorizar a valorização da ética, o uso regular dos direitos e a solidariedade social (SANTOS, José Camacho. O novo código civil brasileiro em suas coordenadas axiológicas: do liberalismo à socialidade. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, ano 29, n. 88, t. 1, dez. 2002, p. 212-214).

E:

O Estatuto da Cidade, Lei n. 10.257 de 2001, marco da normatização urbanística no Brasil, redefinindo os limites do exercício do direito de propriedade, estabelece novas diretrizes à política urbana brasileira, segundo o exercício do direito de propriedade a partir da Constituição de 1988.

A Constituição Federal subordinou o direito de propriedade ao atendimento de sua função social e condicionou o desenvolvimento das políticas urbanas à busca das funções sociais da cidade.

A função social do direito de propriedade imposta a partir da Constituição de 1988 distingue-se da mera limitação às faculdades inerentes ao proprietário: exige muito mais, sobretudo impõe o exer-

cício do direito de propriedade, seja propriedade privada ou pública, segundo os interesses da coletividade, de forma condizente com as determinações do Plano Diretor da cidade, referência fundamental para a realização da função social da cidade, nos termos do § 1º do art. 182 da Constituição, ou seja, “a propriedade urbana cumprirá sua função social quando atender às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no Plano Diretor”.

A função social do direito de propriedade obriga o proprietário a condicionar o seu direito às funções sociais da cidade.

Segundo Eros Grau, “o princípio de função social da propriedade está integrado aos modernos conceitos de propriedade, donde a evolução, das propriedades, para as propriedades-função social [...] em razão de tal integração, transforma-se em um *dever de ação*” (grifo do autor). Portanto, segundo a doutrina do autor, “o exercício da propriedade são poderes que se exercitam não exclusivamente no interesse de seus titulares, mas também de terceiros [...] vinculado a um *destino urbanístico*, definível pelo Poder Público” (grifo do autor).

A cidade, uma vez considerada bem social e espaço público de significação e mediação historicamente construído, impõe ao proprietário do solo o dever de exercer o seu direito em benefício da sociedade.

O proprietário, no exercício de suas faculdades (uso, fruição e disposição), fica sujeito aos interesses públicos; logo, esse titular sofre as sanções legais (exemplo, a desapropriação sanção) pelo não-cumprimento dessa obrigação (CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. O estatuto epistemológico do direito urbanístico brasileiro: possibilidades e obstáculos na tutela do direito à cidade. *Revista Magister de Direito Ambiental e Urbanístico*, Porto Alegre, ano 3, n. 13, ago/set 2007, p. 29-30).

Nesse sentido, aliás, já destacou o digno Magistrado Hélio do Valle Pereira, ao negar a liminar almejada pelos autores:

Vistos etc.

Ressalvados excêntricos, todos preferem residir rodeados pela mansuetude, tanto mais quando se opta por erguer residência unifamiliar em local que tradicionalmente está afastado do centro urbano.

Essa perenidade de sossego, entretanto, não há como ser assegurada em termos absolutos.

As alterações da cidade são dinâmicas e de difícil projeção. Em curto espaço, aquele local que inicialmente era bucólico transforma-se em ponto de convergência de grande fluxo de pessoas. As adjacências dos imóveis em discussão nos autos eram, não faz tantos anos, praticamente rurais. Hoje, têm conotação não somente residencial, mas igualmente empresarial.

As necessidades da população florianopolitana se avolumam. O incremento populacional e o desenvolvimento econômico impõem a oferta de serviços. Mesmo aqueles que apostaram no sossego não podem renegar que se servem de postos de gasolina, academias de ginástica, escolas e assim sucessivamente.

Esses empreendimentos econômicos deverão estar postados em algum lugar – e sempre haverá aqueles que, mais próximos, possam sentir-se incomodados. Todos, no entanto, a eles acorrerão. Em se levando ao extremo essa polêmica, supermercados deveriam ficar confinados a uma distância enorme de qualquer residência – ao menos até que, naquele local, elas aparecessem.

O que deve ser respeitado, é evidente, é a necessidade de, tanto quanto possível, compatibilizar os interesses conflitantes. O reconhecimento de que os equipamentos urbanos tendem a se espriar não eclipsa a perspectiva de que os moradores façam valer as cláusulas restritivas negocial ou legalmente estabelecidas. Essa possibilidade de *mal-estar hermenêutico* resolve-se pela convocação simultânea dos princípios em aparente conflito. “*É que, diferentemente das regras, que possuem hipóteses de incidência fixa e conseqüências jurídicas determinadas — umas e outras reciprocamente excludentes —, os princípios não se apresentam como imperativos categóricos nem ordenações de vigência, apenas enunciando motivos para que se decida num ou noutro sentido. [...] eles admitem convivência e conciliação com outros princípios eventualmente correntes, que ofereçam razão para soluções em sentido contrário, tudo num complexo jogo concertado de complementação e restrição recíprocas*” (Inocência Mártires Coelho, *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*, Brasília Jurídica, 2000, p. 46-47).

Na hipótese, não se divisa a situação terrificante anunciada pelos autores. A municipalidade, em alongado procedimento administrativo, autorizou a instalação do supermercado – empreendimento, a propósito, que não se divisa tão gigantesco. A área em debate, é notório, sofre sólida tendência de ampliação empresarial. Não se trata de um problema que aflija somente os autores, mas todos os moradores de uma ilha que abriga uma cidade em destacado crescimento populacional e econômico.

Bem por isso, os pareceres extrajudiciais devem ser vistos com reserva, pois não surgiram de um levantamento técnico que se mostre rigorosamente distante de interesses próprios. Demais, é bem conhecido que as empresas que atuam no ramo supermercadistas – notabilizado por elevada competição – tendem a manter um padrão de atendimento que, quando menos, se aproxime da excelência. Implausível que o réu Hippo, quebrando essa tradição e expondo-se a derrocada, se esmerasse em cultivar a sujeira e a balbúrdia em seu entorno.

O memorial descrito do condomínio, é verdade, é empregado com argumento impeditivo da instalação do supermercado. A tese, exposta com talento e sobriedade (próprias dos especialistas), é sedutora.

Só que, neste juízo de cognição sumária, não parece imune a interpretações diversas. Com efeito, está lá dito que *“Todas as quadras são destinadas ao uso Residencial Unifamiliar, à exceção da Quadra N, que é destinada ao Uso Comercial, conforme está definido na Planta de Zoneamento Municipal – Lei n. 1.851/82”* (fl. 93).

Defensável dizer, nesse rumo, que a restrição lá exposta não era de caráter convencional, mas simples repetição do texto normativo então vigente. Como o Plano Diretor era restritivo, não se poderia conjecturar que o projeto de loteamento seguisse por distinta linha.

Só que, alterada a regulamentação urbanística, igualmente se sujeitou à modificação a natureza do aproveitamento daqueles lotes.

Realmente a Lei Complementar n. 001/97 passou a permitir tal situação – e não me parece que ela seja inconstitucional, por supostamente ferir o art. 25 do ADCT catarinense.

Diz esta última norma:

“Até a promulgação da lei que instituir o Plano Estadual de Gerenciamento Costeiro não poderão ser expedidas pelos Municípios localizados na orla marítima normas e diretrizes menos restritivas que as existentes sobre o uso do solo, do subsolo e das águas, bem como sobre a utilização de imóveis no âmbito de seu território”.

Vejo que, no particular, ocorre a ofensa à autonomia local, o que leva a rejeitar a invocação do mencionado art. 25.

De fato.

Tem-se, no arcabouço constitucional brasileiro, três esferas de poder, fato que singulariza nossa organização político-administrativa. Ao lado da União, convivem os Estados-membros e os Municípios, além do Distrito Federal. Não se deve impressionar com o aspecto espacial. Na Constituição Federal, em projeção introspectiva, não há hierarquia entre os entes políticos. Cada qual detém competência diferente e nessa proporção tem autonomia. Como resume Celso Ribeiro Bastos, “*desde o momento em que, no Brasil, preferiu-se compartilhar o exercício da soberania por três ordens jurídicas diferentes, com diversos graus de abrangência do espaço territorial de sua validade, mas com mesma dignidade e hierarquia constitucional, a conclusão inevitável seria a de reconhecer-se que a própria Federação brasileira assumira feições próprias*” (Comentários à Constituição Federal, v. I, Saraiva, 1989, p. 232).

Não se ignora o reconhecimento de certa preponderância em prol da União, que não raramente, além de sua competência exclusiva, também está apta a ditar regras gerais, que prevalecem em relação às demais pessoas políticas (fenômeno que, adaptado, se estabelece entre Estado-membro e Município).

De todo modo, em princípio, essas três esferas de poder convivem de forma autônoma, a cada qual sendo destinada certa parcela de competência.

Quanto às peculiaridades locais, porém, os municípios têm autonomia, não sendo aceitável que o Estado-membro ou a União procurem – ditando hierarquia que não existe – estabelecer limites a essa normatização. Os arts. 30, inc. VIII, e 182 da Constituição Federal ratificam.

Não se nega, em absoluto, que à União e aos Estados-membros seja dado, em termos mais amplos, legislar sobre o mesmo assunto – como registram, por exemplo, Toshio Mukai (Direito Ambiental Brasileiro, Dialética, 2002, 2ª ed., p. 213 e ss.) e José Afonso da Silva (Direito Urbanístico Brasileiro, Malheiros, 2000, 3. ed., p. 95 e ss). Aliás, a Constituição Federal faz textualmente essa advertência (arts. 24, inc. I, e §§ 1º e 2º).

Devem ser marcados, entretanto, os limites dessas normas. Hely Lopes Meirelles, após amplo raciocínio, conclui:

“Verifica-se, assim, que as limitações urbanísticas podem ser impostas pelas três entidades estatais (União, Estados e Municípios), no âmbito das respectivas competências. Cabe à União elaborar o *plano nacional de ordenação do território* e editar as *normas gerais de Urbanismo*; compete aos Estados organizar o *plano estadual de ordenação do território* e aos Municípios cumprir elaborar o *Plano Diretor* e promover o *adequado ordenamento urbano*, instituindo as normas legais pertinentes” (Direito de Construir, Malheiros, 1994, 6. ed., p. 95).

Não se afeiçoa com esses princípios, entretanto, a determinação estadual que simplesmente cerceia a autonomia municipal, impedindo-lhe indefinidamente de legislar.

Foi o que ponderou o Desembargador João José Ramos Schaefer, em declaração de voto vencido na ADIn n. 1997.005515-3, da Capital:

“— Arguição incidental de inconstitucionalidade.

“— A alegação de inconstitucionalidade de lei municipal frente a preceito do Ato das Disposições Transitórias da Constituição Estadual não impede que se examine a constitucionalidade do próprio preceito estadual dito violado. Se, incidentalmente, se tem como inconstitucional a norma estadual, esta é proclamada como ilegítima e inválida, subsistindo intacta a lei municipal.

“— No caso, a proibição de disposição constitucional transitória da Constituição do Estado, vedando ao Município a edição de leis menos restritivas sobre o uso do solo do que as existentes na data da promulgação da Carta Estadual, choca-se com os preceitos asseguradores da autonomia dos Municípios, especialmente os vinculados

ao poder de legislar em matérias de seu interesse, que admitem as restrições decorrentes de legislação de competência concorrente (CF, art. 24, incisos VI, VII e VIII), mas não vedações genéricas ao poder de legislar”.

De forma muito aproximada, demais, é o que consta da decisão veiculada pelo Supremo Tribunal Federal ao julgar a ADIn 826-AP.

Claro que a validade do art. 25 do ADCT é especialmente controversa, havendo diversos pronunciamentos do Tribunal de Justiça no sentido de prestigiá-lo. Só que o tema ainda não teve enfrentamento do Excelso Pretório (há, por exemplo, pendente de julgamento o RE 246.903-SC, rel. Min. Carlos Velloso, que trata do assunto), o que anima a insistir na polêmica.

A propósito, é relevante a argumentação da ré Vahl Comércio de Imóveis Ltda., no sentido de que a tal norma fere o princípio da razoabilidade.

Aplicada acriticamente, levaria a se proibir, por exemplo, que o Município de Balneário Gaivota, por seu litorâneo, admita a instalação de uma mercearia em local que, hoje, a SUA legislação municipal não permite!

Por fim, a ausência de estudo de impacto de vizinhança não conduz à nulidade da licença, pois se cuida somente de uma previsão do Estatuto da Cidade, ainda sem regulamentação – ao que consta – no âmbito local. Temerário, demais, dizer que haveria necessidade de estudo de impacto ambiental para empreendimento que não indica potencial ecológico especialmente danoso.

Finalmente, não parece desarrazoado invocar o art. 1.278 do Novo Código Civil, que possibilita – em se comprovando prejuízo – direito a eventual reparação em favor de proprietários lesados.

Assim, nego a liminar (grifo no original) (fls. 513-518).

Então, diante de tudo o que se disse e viu, impõe-se rejeitar, sim, o pedido inicial formulado pelos autores, como o fez a sentença recorrida, mantendo-se hígido o Alvará de Licença n. 123 e autorizando-se o prosseguimento das obras de construção do supermercado no loteamento objurgado.

Ultimando, determina-se à Diretoria Judiciária a correção da numeração dos autos a partir da fl. 239.

DECISÃO

Ante o exposto, a Terceira Câmara de Direito Público, por unanimidade, decide afastar as preliminares e negar provimento ao recurso.

O julgamento, realizado no dia 24 de junho de 2008, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Luiz César Medeiros, com voto, e dele participou a Exma. Sra. Desa. Subst. Sônia Maria Schmitz. Funcionou como representante do Ministério Público o Exmo Sr. Dr. Antenor Chinato Ribeiro.

Florianópolis, 30 de junho de 2008.

Jânio Machado
RELATOR

QUARTA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

APELAÇÕES CÍVEIS

Apelação Cível n. 2004.030386-7, de Rio do Sul

Relator: Des. José Volpato de Souza

APELAÇÃO CÍVEL — ADMINISTRATIVO — IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA — VEREADORES — RECEBIMENTO DE DIÁRIAS PARA CUSTEIO DE TRANSPORTE E HOSPEDAGEM PARA PARTICIPAÇÃO EM EVENTO — COMPROVADO O NÃO-COMPARECIMENTO DOS VEREADORES — ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA POR ENRIQUECIMENTO ILÍCITO — RESTITUIÇÃO DOS VALORES — CIRCUNSTÂNCIA QUE ABRANDA A SANÇÃO, MAS NÃO EXCLUI A INFRAÇÃO PERPETRADA — GRADAÇÃO DAS PENALIDADES — PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE — AFASTADA A PERDA DA FUNÇÃO PÚBLICA, A SUSPENSÃO DOS DIREITOS POLÍTICOS E A PROIBIÇÃO DE CONTRATAR COM O PODER PÚBLICO — RESTITUIÇÃO E MULTA CIVIL MANTIDAS — RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

A prática de auferir vantagem econômica na modalidade de diária, com o específico fim de custear a participação em evento nacional, e dela tirar proveito sem que a sua causa fosse cumprida, porquanto os edis não se fizeram presentes no Encontro, tipifica a improbidade administrativa que importa enriquecimento ilícito, descrita no art. 9º, XI, da Lei n. 8.429/92.

"A aplicação das penalidades previstas no art. 12 da Lei n. 8.429/92 exige que o magistrado considere, no caso concreto, 'a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente' (conforme previsão expressa contida no parágrafo único do referido artigo). Assim, é necessária a análise da razoabilidade e proporcionalidade em relação à gravidade do ato de improbidade e à cominação das penalidades, as quais não devem ser aplicadas, indistintamente, de maneira cumulativa" (REsp. n. 626.204/RS, rela. Mina. Denise Arruda, j. 7-8-07).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2004.030386-7, da comarca de Rio do Sul (1ª Vara Cível), em que são apelantes Zilton Pedro de Souza e outros, e apelado o representante do Ministério Público:

ACORDAM, em Quarta Câmara de Direito Público, por unanimidade, prover parcialmente o recurso nos termos do voto do relator. Custas legais.

RELATÓRIO

O Ministério Público ajuizou ação civil pública de ressarcimento ao erário municipal contra Zilton Pedro de Souza e outros, todos vereadores do município de Rio do Sul, aduzindo, em síntese, que: por meio do Inquérito Civil Público n. 7/96, foi apurado que os réus causaram prejuízos aos cofres públicos, tendo recebido R\$ 1.200,00 (mil e duzentos reais) cada um deles para participar de um congresso de vereadores na cidade de Recife—PE, ao qual, na verdade, não compareceram, hospedando-se na cidade de Jaraguá do Sul para simular o deslocamento; a prática empreendida pelos vereadores é atentatória à moralidade pública e, ainda que insubsistentes as provas para uma condenação criminal por peculato, é invencível o reconhecimento da obrigação de ressarcir os cofres públicos. Requereu, ao final, a decretação

de indisponibilidade de todos os bens dos réus, a fim de assegurar futura e eventual execução do comando condenatório de ressarcimento, além da imposição das penalidades cabíveis (fls. 2-12).

Chamado a integrar a lide na condição de litisconsorte ativo, o município de Rio do Sul acostou aos autos comprovante de restituição dos valores objeto da demanda, devidamente corrigidos, razão pela qual, aduz, a presente ação teria perdido o seu objeto (fls. 103-104).

O Ministério Público se opôs à tese de perda de objeto, porquanto este não se resume à restituição dos valores recebidos indevidamente, pugnando pela realização de cálculo para verificar a efetiva integralização da obrigação (fls. 109-110).

Devidamente citados, os réus apresentaram resposta em forma de contestação, por meio da qual aduziram, em resumo, que: os fatos narrados não retratam a realidade do ocorrido, sendo que os depoimentos acostados foram colhidos sem o crivo do contraditório e os documentos forjados, por isso não se mostram meios hábeis à conclusão apontada pelo MP; a CPI instaurada para a apuração desses mesmos fatos concluiu pela absolvição, de modo que a insistência na discussão tem o único objetivo de causar uma mácula em seus nomes e retirar a força política de que desfrutam; a hospedagem no hotel de Jaraguá do Sul se fez no início da viagem, como parte do longo trajeto que foi percorrido até chegarem à capital pernambucana para o evento; o pleito pela restituição dos valores se mostra inviável, visto que foram espontaneamente devolvidos aos cofres públicos; a aplicação de penalidade por atos de improbidade administrativa reclama, de forma indeclinável, a ocorrência de prejuízo ao erário, o que, no caso, não se verifica; é inaplicável a legislação dos servidores públicos da União para o deslinde da demanda; não subsistem os requisitos legais para justificar a liminar pretendida; o processo criminal foi suspenso pela transação penal, não havendo, com isso, reconhecimento da culpa. Im-

pugnaram a documentação acostada e requereram a extinção do processo, pela perda de seu objeto, e, alternativamente, a improcedência da pretensão (fls. 113-122).

A contestação foi impugnada às fls. 139-143 e sobreveio nova manifestação dos réus (fls. 148-151).

Em despacho saneador (fls. 154-155), foi indeferida a indisponibilização dos bens dos demandados. Sobreveio audiência de instrução com a ouvida das testemunhas arroladas e a tomada dos depoimentos pessoais (fls. 161-175, 182-187 e 200-202).

Alegações finais pelas partes às fls. 212-220, 222-239 e 242-243.

Sentenciando, a Magistrada monocrática julgou procedente os pedidos para:

a) condenar cada um dos réus a ressarcir o dano (obrigação já satisfeita à fl. 127), através do pagamento em favor do Município de Rio do Sul, da quantia de R\$ 1.200,00 (um mil e duzentos reais), corrigida monetariamente desde 26-4-96, sem a incidência de juros de mora, tendo em vista o ressarcimento voluntário ocorrido anteriormente ao ato citatório, bem como ao pagamento de multa civil, em favor do município, que fixo no mesmo valor do dano patrimonial causado ao erário municipal, ou seja, em R\$ 1.200,00 (um mil e duzentos reais), quantia que deve ser corrigida monetariamente a partir de 26-4-96; b) decretar a perda da função pública que eventualmente cada um dos réus esteja exercendo no momento em que ocorrer o trânsito em julgado da presente sentença (art. 20 da Lei n. 8.429/92); c) suspender os direitos políticos dos réus pelo prazo de 8 (oito) anos, a contar do trânsito em julgado da presente sentença (art. 20 da Lei n. 8.429/92); d) proibir os réus de contratar com o Poder Público, pelo prazo de 10 (dez) anos, ou de receber, neste mesmo prazo, benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual sejam sócios majoritários. Condeno também os réus no pagamento das despesas processuais, ressaldando que descabe condenação em honorários advocatícios, eis que a ação foi intentada pelo Ministério Público Estadual (fls. 245-256).

Opostos embargos de declaração (fls. 259-261), eles foram rejeitados (fls. 262-264).

Inconformados com a sentença, os réus interpuseram recurso de apelação, em que asseveraram, em resumo, que: a condenação não pode subsistir ante as simples presunções firmadas na decisão; no caso vertente, incumbiria ao autor comprovar, de maneira eficiente, os fatos constitutivos do direito invocado, no que, *data venia*, ele não logrou êxito; foi devidamente comprovado que ficaram hospedados na Pousada Flor da Manhã do dia 30 de abril a 1º de maio de 1996, consoante se infere dos documentos colacionados, todos autenticados em cartório de notas; os papéis que foram "subtraídos" (fl. 271) do Hotel Nelo, de Jaraguá do Sul, contam com rasuras e adulterações nas datas constantes no verso; o dinheiro do qual foram acusados de "apropriação" foi devida e espontaneamente restituído ao erário municipal, não havendo falar em prejuízo aos cofres públicos; essa conduta, entretanto, não importa o reconhecimento de culpa, apenas teve o escopo de fazer cessar a publicação de matérias sensacionalistas de cunho eleitoreiro e que veiculavam o nítido propósito de vilipendiar a imagem desses homens públicos; à ausência de prejuízos ao erário, não há cogitar as condenações aplicadas àquelas condutas havidas por ímprobos; alternativamente, há que requerer que as penalidades sejam aplicadas de forma gradativa, na dicção do art. 12 da Lei n. 8.429/92. Por essas razões, pugnaram pelo conhecimento e provimento do recurso (fls. 268-282).

O apelo foi contra-arrazoado às fls. 284-287; sobreveio manifestação da douta Procuradoria-Geral de Justiça pelo conhecimento e desprovimento do reclamo (fls. 292-306).

VOTO

Tratam os presentes autos de apelação cível interposta pelos réus em ação civil pública por improbidade administrativa, na qual foram

condenados às sanções do art. 12, I, da Lei n. 8.429/92, pela prática de atos ímprobos que lhes asseguraram enriquecimento ilícito (art. 9º do mencionado diploma legal).

A demanda foi instaurada por iniciativa do Ministério Público, que, com base em denúncias de que três vereadores do município de Rio do Sul receberam diárias para participar de congresso em Recife e de que nem sequer se deslocaram à cidade do evento, buscou a imposição das penalidades legais. Acostou aos autos a documentação relativa ao inquérito civil instaurado pela Portaria n. 7/96, que teve por objeto a investigação dos fatos.

Os acionados requerem, inicialmente, a reforma da sentença, negando com veemência as acusações que lhes foram desferidas e afirmando a efetiva participação no congresso; alternativamente, postulam a gradação das sanções aplicadas, considerando-se, ademais, a ausência de prejuízo, ante a pronta restituição dos valores auferidos a título de diárias para o evento.

A primeira importante controvérsia que se extrai dos autos diz respeito à existência ou não de justificativas para o recebimento das diárias aprovadas pela Resolução n. 116/96, no valor de R\$ 1.200,00 (mil e duzentos reais), que tinham por escopo custear o transporte e a hospedagem dos vereadores Zilton Pedro de Souza, Adilvo Sborz e Alécio João Grah para participarem do XXXIV Encontro Nacional de Vereadores, que se realizaria nos dias 29 de abril a 1º de maio de 1996, em Recife—PE.

Com efeito, as denúncias foram fundadas na existência de comprovantes de que os edis pernoveram na cidade de Jaraguá do Sul, do dia 29 para 30 de abril, e de que um deles se fez presente na festa comemorativa ao dia do trabalhador, 1º de maio, na cidade de Rio do Sul. Emergira, segundo esses pontos, a conclusão lógica de que não foi realizado o deslocamento até a capital pernambucana, o qual seria feito de automóvel.

Os vereadores aduzem que as fichas de controle de hóspedes do Hotel Nelo foram preenchidas de forma equivocada e que lá pernoveram, sim, mas no dia 27, tendo iniciado a viagem no dia 28, de manhã cedo, chegando a Recife na manhã do dia 30 de abril. Afirmam, ainda, que a viagem de retorno teve início no dia 1º de maio, logo nas suas primeiras horas, alcançando a cidade de Rio do Sul na noite do dia 2-5-96, e que foi realizada sem paradas, no automóvel Parati de propriedade de um dos vereadores.

Apontam a circunstância de nenhum deles ter realizado a inscrição no evento como "dispensável", porquanto não tiveram problema em assistir à palestra, mediante apresentação das carteiras de classe. Além disso, dizem não possuir outro comprovante de gasto no trajeto percorrido ou mesmo na cidade de Recife, a não ser o da hospedagem na Pousada Flor da Manhã (o qual, segundo informam, está anexado aos autos da CPI), pois tal providência era desnecessária para a comprovação do deslocamento.

Em consulta ao *site* <http://maps.google.com.br>, que afere por satélite as distâncias ponto a ponto entre as cidades, indicando as menores rotas e tempo estimado de viagem, verifica-se que a cidade de Jaraguá do Sul dista cerca de 3.184 km (três mil cento e oitenta e quatro quilômetros) de Recife, sendo necessárias aproximadamente 38 horas ininterruptas para percorrer o caminho.

Tecnicamente, a tese aventada pelos apelantes seria possível, mesmo não se podendo deixar de reconhecer que seria uma viagem muito desgastante, uma vez que ininterrupta, apenas com paradas para alimentação e necessidades, revezando-se os vereadores na condução do veículo.

Entrementes, constam nos autos (fls. 84-87) as atas das reuniões ordinárias da Câmara de Rio do Sul, realizadas nos dias 29-4-96 e 2-5-96. Delas se extrai, estreme de dúvidas, que na sessão do dia 2-5-96, realizada às 18h30min, fizeram-se presentes Zilton Pedro de Souza e Adilvo Sborz, o

que fragiliza os depoimentos prestados, nos quais informavam como próximo das 22h desse mesmo dia o horário do retorno. Com relação à reunião do dia 29-4-96, em que pese a ata fazer menção ao não-comparecimento dos vereadores envolvidos no caso, consta a assinatura de dois deles, devidamente nominadas, indicando estarem presentes na sessão.

Além disso, conforme ofício acostado aos autos à fl. 70, a Assessoria Jurídica da UVB (que promoveu o Encontro) informou que os edis riosulenses não se inscreveram e tampouco participaram do evento em Recife. E, no documento de fl. 49, um folheto publicitário (*flyer*) do XXXIV Encontro Nacional, há destaque para a informação de que "será obrigatório o uso de crachá durante todas as atividades oficiais do evento", do que não emerge como crível a afirmação de que, mesmo sem inscrição ou identificação, os apelandes pudessem circular livremente no evento.

E, por fim, há os registros de hospedagem fornecidos pelo Hotel Nelo, de Jaraguá do Sul (fls. 50-52), que indicam pernoite do dia 29 a 30 de abril em nome dos recorrentes, não se vislumbrando os "indícios de alteração" aventados.

De outro norte, os recibos de pagamento da Pousada Flor da Manhã, em Olinda (fls. 190-192), na qual supostamente os demandados estiveram hospedados, contêm algumas características estranhas, como a indicação de dois pernoites, quando alegam ter dormido apenas a noite do dia 30-4-96 na cidade pernambucana, assim como a identificação dos hóspedes aponta procedência de São Paulo.

Assim, se os referidos recibos são verdadeiros, como querem sustentar os vereadores, a quantidade de diárias desfrutadas na pousada inviabiliza o cumprimento da longa viagem que teriam realizado.

Concluo, por tudo o que foi levantado, que a tese que os edis querem fazer prevalecer não é crível. O conjunto probatório todo é tendente a apontar que eles não participaram do Encontro Nacional de Vereadores

em função do qual receberam as diárias e que nem sequer se deslocaram até Recife. O somatório de todas as provas colhidas robustece a denúncia formulada, e não há, de outro norte, melhor comprovação em sentido contrário.

A inexistência de um cupom fiscal, de uma fotografia ou telefonema, a não-realização de inscrição para o congresso, as longas horas de viagem sem parada... Para o acolhimento das razões de defesa, seria necessário admitir como verdadeiras circunstâncias muito pouco prováveis, como a falsificação de documentos, equívocos nas atas de reunião, a participação no evento sem inscrição e sem documento a atestar, além, reforço, da realização de uma viagem em condições nada convincentes.

Porém, se fosse necessário apontar apenas uma prova que lhes atribuisse a condição de ímprobos, não tenho dúvidas de que seria o ofício expedido pela organização do evento, que certifica o não-comparecimento dos vereadores no Encontro Nacional.

As diárias foram concedidas para que os vereadores participassem do Encontro, e lá eles não se fizeram presentes, eclodindo como incontestável a prática de ato de improbidade administrativa.

E assim se pode dizer porque a improbidade administrativa, com as diretrizes que a Lei n. 8.429/92 lhe deu, pode assumir diferentes contornos, de modo que estão elencados em artigos distintos os atos que causam enriquecimento ilícito ao agente, os que causam prejuízo ao erário, e aqueles que violam os princípios da Administração Pública.

Certo é, entretanto, que o escopo primordial da Lei é sancionar de forma exemplar aqueles que, detentores da condição de agente público, dela se valem para praticar atos que atentem contra a probidade que deve revestir toda e qualquer ação do Poder Público.

Segundo Waldo Fazzio Júnior,

o ato de improbidade viola deveres, nega valores, ofende a legalidade, agride uma pluralidade de bens jurídicos, é imoral, já foi visto como mera infração disciplinar, depois como ilícito penal e, hoje, como ilícito civil e político-administrativo. [...] Simplificando o exposto, sob a luz do conjunto principiológico encartado na Constituição Federal e a demarcação de sua extensão, operada pelos dispositivos da Lei n. 8.429/92, numa aproximação conceitual, tem-se o ato de improbidade administrativa como ato ilegal, fundado na má-fé do agente público que, isoladamente ou com a participação de terceiro, viola o dever de probidade administrativa, com ou sem proveito econômico, produzindo ou não lesão ao patrimônio público econômico (*Atos de improbidade administrativa*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 73-74).

No caso vertente, entendo que a prática de auferir vantagem econômica na modalidade de diária, com o específico fim de custear a participação em evento nacional, e dela fazendo proveito sem que a sua causa fosse cumprida, porquanto os edis não se fizeram presentes no Encontro, tipifica a improbidade administrativa que importa enriquecimento ilícito, assim descrita no art. 9º da Lei n. 8.429/92:

Art. 9º Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º desta lei, e notadamente:

[...]

XI – incorporar, por qualquer forma, ao seu patrimônio bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei.

Ressalto que a configuração dessa modalidade de ato ímprobo se dá pela "ação ou omissão que possibilite ao agente público auferir uma vantagem não prevista em lei". Para uma melhor caracterização, a doutrina arrola os seguintes requisitos:

a) o enriquecimento de alguém, o qual pode ser de ordem material, intelectual ou moral; b) o empobrecimento de outrem, quer seja

positivo (ex.: perda patrimonial) ou negativo (ex.: não-pagamento de um serviço prestado); c) ausência de justa causa, vale dizer, o enriquecimento deve ser desvinculado do direito, não podendo advir da vontade do empobrecido, ou decorrer de obrigação preexistente ou da lei; d) nexo-causal entre o enriquecimento e o empobrecimento, sendo que cada um destes elementos deve estar ligado ao outro em uma relação de causa e efeito (GARCIA, Emerson. *Improbidade administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 266-267).

Entendo absolutamente satisfeitos os requisitos, porquanto é inarredável o reconhecimento de que os vereadores, agindo consoante o descrito, obtiveram incremento patrimonial às custas do erário municipal e ausente a justa causa que lhes conferiria o direito à percepção da vantagem econômica, de modo que é evidente a relação entre o enriquecimento dos edis e o empobrecimento do Município.

Relativamente à alegação de que, tendo havido a pronta restituição das diárias, é inexistente o prejuízo, e, portanto, inocorrente a causa que motivou a imposição das sanções, igualmente não merece prosperar.

A Lei de Regência (n. 8.429/92), em seu art. 21, preconiza:

Art. 21. A aplicação das sanções previstas nesta Lei independe:

I – da efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público.

Assim, em que pese a restituição das diárias tenha se dado antes da decisão judicial que assim determinasse, é inafastável a efetiva ocorrência da improbidade, mesmo porque, conforme anteriormente declinado, o ato ímprobo "viola deveres, nega valores, ofende a legalidade, agride uma pluralidade de bens jurídicos, é imoral", de modo que não se esgota simplesmente no "causar" o prejuízo material.

Ademais, devo destacar, por oportuno, que a restituição daquilo que foi indevidamente auferido é, antes de uma "causa extintiva", decorrência lógica das regras de responsabilidade estampadas na própria Lei de Improbidade Administrativa, que, em seus arts. 5º e 6º, dispõe, respectivamente:

Ocorrendo lesão ao patrimônio público por ação ou omissão, dolosa ou culposa, do agente ou de terceiro, dar-se-á o integral ressarcimento do dano.

No caso de enriquecimento ilícito, perderá o agente público ou terceiro beneficiário os bens ou valores acrescidos ao seu patrimônio.

Waldo Fazzio Júnior, ao comentar esses dispositivos, sustenta que a responsabilidade advém da ilicitude do ato praticado. Não simplesmente da violação de uma norma civil, mas de um conjunto de normas que envolvem o privado e o público, de natureza civil, política e administrativa. Abastecer-se indevidamente de parcela do patrimônio público econômico acarreta a consequência lógico-normativa de restituir o que, sem fazer jus, amealhou, do dever de reparar o prejuízo (*Atos de improbidade administrativa*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 345).

Deve, entretanto, a circunstância da restituição ser considerada na dosagem das sanções impostas, atenuando o seu rigor.

E, nesse ponto, os recorrentes pugnam pelo abrandamento das sanções impostas, porquanto o Magistrado singular os condenou ao ressarcimento do dano, ao pagamento de multa civil no valor das diárias, à perda da função pública, à suspensão de seus direitos políticos pelo prazo de 8 anos e os proibiu de contratar com o Poder Público durante 10 anos.

O art. 12, I, da Lei de Improbidade Administrativa (n. 8.429/92), aplicável à situação, dispõe sobre as sanções a ser impostas nos casos de enriquecimento ilícito:

Independentemente das sanções penais, civis e administrativas, previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações:

I — na hipótese do art. 9º, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público

ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos.

Alinho-me à corrente da não-cumulatividade das sanções, pois entendo que, em homenagem ao princípio da proporcionalidade, algumas infrações de menor relevo devem ser sancionadas de forma mais branda, ao passo que àquelas de maior gravidade há que impor medidas mais drásticas, tendentes a coibir a sua repetição.

Nessa linha posicionei-me no julgamento da Apelação Cível n. 2006.025811-1, da comarca de Tubarão:

Não obstante reconhecer algum dissídio doutrinário acerca da matéria, me filio à corrente que privilegia os princípios constitucionais da proporcionalidade e da razoabilidade, e que vem ganhando relevo nesta e nas Cortes superiores.

Com efeito, se sob um prisma se busca banir do cenário público nacional os atos de improbidade administrativa, processando e aplicando severas sanções àqueles que neles incorrerem, é imperioso, de outra senda, mensurar a gravidade da conduta perpetrada, punindo-a sob os auspícios da proporcionalidade que deve nortear a atuação jurisdicional.

A imposição indiscriminada da completa e vasta gama de sanções para todo o tipo de infrações, desde aquelas de menor gravidade até aquelas que aviltam de forma mais brutal os princípios da Administração Pública, em última análise, estaria a nivelar os comandos judiciais, malferindo a razoabilidade, proporcionalidade e exemplariedade com que as penalizações devem ser impostas.

Não se imagine com isso que o Poder Judiciário deva ser complacente ou tolerante com atos ímprobos. Trata-se, apenas, de procurar a justa medida para o seu sancionamento, levando sempre em consideração as peculiaridades do caso concreto, como a lesividade da conduta, o elemento volitivo e a consecução do interesse público.

Nesse sentido, peço venia para colacionar doutrina esclarecedora acerca da questão posta:

“É evidente que aplicar, em bloco, todas as sanções estabelecidas na LIA para os atos de improbidade administrativa lesivos ao Erário, nivelando a

gravidade das situações descritas, mesmo no caso das sanções graduadas, constitui violação aos princípios constitucionais da proporcionalidade e da razoabilidade.

“Logo, nessa espécie de ato de improbidade administrativa [em referência àqueles que causam lesão ao erário], a imposição da totalidade das penas previstas deve ficar restrita a fatos graves em que o agente público, dolosamente, infringe sério dever funcional, causando, intencionalmente, vultoso dano ao Erário e acontecimentos assemelhados.

“Nos demais, compete ao magistrado, na sentença, motivadamente, impor as sanções, entre as elencadas na LIA, compatíveis e adequadas ao caso sub judice e, ao dosimetrar as sanções variáveis, graduá-las com razoabilidade e proporcionalidade ao ato de improbidade administrativa cometido” (Marino Pazzaglini Filho, *Lei de Improbidade Administrativa Comentada*, 3. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 160).

Na mesma linha, traçando raciocínio voltado à garantia da operacionalidade dos efeitos pretendidos com a edição da Lei de Improbidade Administrativa, Carlos Frederico Brito dos Santos alerta sobre a necessidade de ponderação dos princípios constitucionais como forma de facultar ao Magistrado sentenciante maior liberdade para entregar a prestação jurisdicional que entenda razoável e proporcional ao caso concreto:

“Inicialmente, reconhecemos que a interpretação literal e isolada do art. 37, § 4º, da Constituição Federal, bem como do art. 12, incisos I, II e III, da Lei de Improbidade Administrativa, conduz inexoravelmente o seu intérprete à conclusão de que as sanções ali previstas terão de ser aplicadas cumulativamente na hipótese da prática de qualquer ato de improbidade administrativa.

“Contudo, como já tivemos a oportunidade de adiantar quando discorreremos sobre os atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios administrativos, e em face das duríssimas disposições sancionatórias deles decorrentes, não podemos prescindir de uma interpretação sistêmica, que leve em consideração, a aplicação de um princípio, também constitucional, implícito, que é o princípio da proporcionalidade, sob pena de inviabilizarmos todo esforço de coibir o câncer da improbidade administrativa que está, infelizmente, instalado nos mais diversos setores da Administração Pública brasileira, consoante nos noticia a imprensa a cada dia, e que, além de já nos ter causado

terríveis danos, ainda ameaça corroer todo o nosso tecido social, inviabilizando o País, se medidas eficazes não forem tomadas a tempo.

[...]

“Por outro lado, nos preocupa a possibilidade de que, diante da desproporcionalidade entre o ato ilícito e a sua respectiva sanção, o magistrado que entenda não mitigáveis as sanções da LIA termine buscando aplacar a sua consciência através da constrangedora omissão de sentenciar os processos de improbidade, frustrando, destarte, a aplicação concreta da própria Lei n. 8.429/92, por considerar as suas sanções duras para determinadas infrações” (Carlos Frederico Brito dos Santos, *Improbidade Administrativa*, Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 74-75).

E, por fim, trago trecho da obra de Fábio Medina Osório, que seguindo a mesma linha, lembra do compromisso do julgador com a vontade manifestada pelos eleitores, em processo eleitoral democrático, apontando a imposição das sanções máximas como medidas excepcionais destinadas àqueles casos em que a improbidade se revela em nível extremo:

“há casos em que um único ato de improbidade, isoladamente, não justifica a perda do cargo pelo agente político, eis que o dano maior, nesse caso, ficaria do lado da sociedade, a qual teria escolhido seu representante legal e teria a sua vontade substituída pela vontade do julgador” e que, portanto, “há que se analisar o fato no contexto social e político, extraindo as conseqüências adequadas e proporcionais, tornando-se inevitável que o julgador controle a constitucionalidade das sanções previstas na Lei n. 8.429/92” (Fábio Medina Osório, *Improbidade Administrativa*, Porto Alegre: Síntese, 1998, p. 263).

Por essas, dentre outras justificativas, é que os julgados proferidos nesta Corte vêm se alinhando ao pensamento de que, apesar de entendimentos dissidentes, deve-se assegurar aos demandados em ações por ato de improbidade administrativa a proporcionalidade das reprimendas impostas, estabelecendo um liame entre a gravidade da conduta e a drasticidade da sanção a ser imposta, sem olvidar o rigorismo com que essas ações ímprobos merecem ser combatidas.

Devo destacar, por oportuno, que a não-cumulatividade das sanções também vem sendo bastante prestigiada pelo Superior Tribunal de Justiça:

A aplicação das penalidades previstas no art. 12 da Lei n. 8.429/92 exige que o magistrado considere, no caso concreto, "a extensão

do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente" (conforme previsão expressa contida no parágrafo único do referido artigo). Assim, é necessária a análise da razoabilidade e proporcionalidade em relação à gravidade do ato de improbidade e à cominação das penalidades, as quais não devem ser aplicadas, indistintamente, de maneira cumulativa (REsp. n. 626204/RS, rela. Mina. Denise Arruda, j. 7-8-07).

E, no mesmo sentido, REsp. n. 713.146/PR, rela. Mina. Eliana Calmon, DJ de 22-3-2007; REsp. n. 794.155/SP, rel. Min. Castro Meira, DJ de 4-9-2006; REsp. n. 825.673/MG, rel. Min. Francisco Falcão, DJ de 25-5-2006; REsp. n. 513.576/MG, rel. p/ acórdão Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 6-3-2006; REsp. n. 300.184/SP, rel. Min. Franciulli Netto, DJ de 3-11-2003; REsp. n. 505.068/PR, rel. Min. Luiz Fux, DJ de 29-9-2003.

Não restam dúvidas de que os atos de improbidade administrativa por enriquecimento ilícito se caracterizam como os que mais merecem repúdio por parte do julgador, tanto que são os mais severamente apenados em lei.

Entretanto, mesmo nessa espécie, entendo que a proporcionalidade e a razoabilidade devem se fazer presentes na gradação da sanção a ser imposta.

No caso vertente, vejo como causas a serem consideradas a favor dos recorrentes a pronta restituição dos valores indevidamente auferidos, consoante anteriormente salientei, e a ausência de notícias de outras infrações. De outro norte, o recebimento das diárias sabidamente indevidas, agregado à utilização de argumentos vis e notadamente inverídicos, para ocultar uma farsa da qual se valeram para o enriquecimento ilícito, constituem verdadeiro atentado à honestidade que deve permear a conduta do homem público, e merecem grau elevado de reprovabilidade.

Sopesadas essas circunstâncias, penso ser necessária, para uma justa repressão à conduta perpetrada, a revisão da sentença nesse aspecto da

dosagem das sanções, mantendo-se a condenação à restituição (já efetuada) e a imposição da multa civil no montante arbitrado (fixado no mínimo legal). Elimino da condenação, destarte, pelas razões expostas, a perda da função pública, a suspensão dos direitos políticos por 8 anos e a proibição de contratar com o Poder Público pelo prazo de 10 anos.

Semelhantes desfechos foram aplicados nos julgamentos das Apelações Cíveis n. 2007.40009-8, rel. Des. Luiz César Medeiros; n. 2006.047373-7, rel. Des. Francisco de Oliveira Filho; e n. 2005.010850-7, rel. Des. Newton Janke.

Tecidas essas considerações, entendo que o recurso merece ser conhecido e parcialmente provido, unicamente para adequar as sanções impostas na sentença, extirpando a perda da função pública, a suspensão dos direitos políticos e a proibição de contratar com o Poder Público.

DECISÃO

Ante o exposto, a Quarta Câmara de Direito Público, por votação unânime, conheceu do recurso e deu-lhe parcial provimento.

Conforme disposto no Ato Regimental n. 80/2007 – TJ publicado no Diário da Justiça Eletrônico de 7-8-2007, registra-se que do julgamento realizado no dia 19 de junho de 2008, presidido pelo Exmo. Sr. Des. Cláudio Barreto Dutra (com voto), participou, o Exmo. Sr. Des. Subst. Jânio Machado.

Florianópolis, 19 de junho de 2008.

José Volpato de Souza
RELATOR

Apelação Cível n. 2007.030057-8, da Capital

Relator: Des. José Volpato de Souza

APELAÇÃO – AÇÃO CÍVEL INOMINADA COM PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA – CONCURSO PÚBLICO – IR-RESIGNAÇÃO QUANTO À RESPOSTA ATRIBUÍDA A UMA QUESTÃO DA PROVA OBJETIVA – DIVULGAÇÃO DO GABARITO PROVISÓRIO – RETIFICAÇÃO DO RESULTADO ATRIBUÍDO A UMA ASSERTIVA – CLASSIFICAÇÃO NO CERTAME OBSTADA POR ESSE FATO – INSURGÊNCIA – ANÁLISE DO CONTEÚDO – IMPOSSIBILIDADE – ATUAÇÃO DISCRICIONÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – PLEITO PELA ANULAÇÃO DA PERGUNTA AFASTADO – AUSÊNCIA DE INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA – POSSIBILIDADE DE COBRANÇA DESSA MATÉRIA EM PROVAS DESSA NATUREZA – AUSÊNCIA DE ENTENDIMENTO SUBJETIVO DESSE ASSUNTO – MATÉRIA DEDUZIDA NA PERGUNTA QUE COMPORTA ANÁLISE LITERAL DE ARTIGO CONSTITUCIONAL – PODER JUDICIÁRIO – ATUAÇÃO SOBRE A LEGALIDADE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS – ART. 5º, XXXV, DA CRFB – OFENSA NÃO CONFIGURADA – APELO DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2007.030057-8, da comarca da Capital (Unidade da Fazenda Pública), em que é apelante Patrícia Candemil Farias, e apelados Fundação de Estudo e Pesquisas Sócio-Econômicos — Fepese e outro:

ACORDAM, em Quarta Câmara de Direito Público, por votação unânime, conhecer do recurso e negar-lhe provimento. Custas legais.

RELATÓRIO

Patrícia Candemil Farias ajuizou ação cível inominada com pedido de antecipação de tutela contra o Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina e a Fundação de Estudos e Pesquisas Sócio-Econômicos – Fepe-se, alegando, em síntese, que: é candidata ao cargo de Auditora Fiscal de Controle Externo, inscrita sob o n. 21002; o concurso foi realizado pela segunda requerida; deveria ter obtido a pontuação 7,0 na primeira prova para alcançar a média necessária, mas obteve apenas 6,9, motivo pelo qual não foi classificada no certame; entrou com recurso administrativo para anular a questão n. 27, o que foi aceito, tendo com isso alcançado a pontuação necessária; com relação à questão n. 45, o gabarito provisório divulgado apontou a letra "d" como a resposta correta, porém, posteriormente, foi considerada correta a letra "b", o que a fez perder pontuação; deveria ter sido anulada a questão, e não modificado o gabarito; não houve direito ao contraditório e à ampla defesa, porquanto do resultado definitivo não cabe recurso; não teve ciência do motivo da referida alteração, pelo que ferido o princípio da publicidade; o concurso está na iminência de passar para a próxima etapa, que é a análise dos títulos; deve ser concedida a pontuação que lhe foi tirada. Ao final, pugnou pela antecipação de tutela, retificando-se-lhe a nota, e pela procedência da demanda, confirmando-se a sua classificação no concurso (fls. 2-8). Juntou documentos às fls. 9-78.

Antecipação de tutela concedida às fls. 81-83.

Devidamente citado, o Estado de Santa Catarina apresentou contestação, afirmando, preliminarmente, a impossibilidade jurídica do pedido e a necessidade de que todos os candidatos classificados a partir da 45ª colocação integrassem a lide como litisconsortes passivos necessários. No mérito, alegou, em síntese, que: a modificação no gabarito em relação à questão n. 45 deu-se pelo fato de ter havido erro no momento da publicação; não houve modificação no entendimento da resposta; a divulgação

de dois gabaritos tem por finalidade, além de propiciar o contraditório, viabilizar a análise de eventuais erros ocorridos no momento da publicação do provisório; o edital previa meio próprio para que a autora buscasse sanar a sua irresignação; o que ocorreu foi mera retificação da resposta; é inviável o pedido de anulação da questão; a divulgação do gabarito provisório não gera nenhum direito ao candidato pelos pontos obtidos, o que só ocorre com o definitivo; ao Judiciário compete apenas o controle da legalidade dos atos administrativos; em virtude da concessão da tutela antecipada, o Judiciário extrapolou sua competência para analisar os atos administrativos. Por derradeiro, requereu o acolhimento das preliminares, extinguindo-se o processo sem análise do mérito, ou a improcedência dos pedidos exordiais (fls. 101-114). Acostou documentos às fls. 115-170.

Posteriormente, a Fundação de Estudos e Pesquisas Sócio-Econômicas – Fepese veio aos autos apresentar a sua defesa, momento em que alegou: é uma instituição renomada; a alteração do gabarito em relação à questão n. 45 deu-se por erro na divulgação; o erro ocorreu no gabarito provisório, ou seja, preliminar, sendo que o definitivo é que confirma o resultado; trata-se de erro material, não formal; a autora teve a oportunidade de demonstrar a sua irresignação, conforme consta no edital; o resultado inicial é provisório e, por óbvio, está sujeito a alterações, de modo que não gera nenhum direito líquido e certo; a administração pode rever a qualquer tempo seus atos; ao analisar outros recursos interpostos, a comissão do concurso já apontava erro na indicação da opção correta da questão *sub examine*; inexistiu violação às regras do edital; o primeiro resultado não gera nenhuma vinculação aos candidatos, a qual ocorrerá tão-somente quando divulgado o segundo; somente erro na formulação da questão poderia dar ensejo à anulação dessa questão; é competência exclusiva da banca discutir as causas relacionadas com o conteúdo das questões de prova. Por fim, pugnou pela improcedência dos pedidos exordiais e pela condenação da

autora às cominações de estilo (fls. 172-192). Documentos trazidos aos autos às fls. 193-217.

Impugnação às contestações juntada às fls. 221-238.

Manifestação do Ministério Público acostada às fls. 301-303.

Informações prestadas pela Procuradoria-Geral do Estado de Santa Catarina às fls. 308-312 e pela autora às fls. 356-357.

Sentenciando o feito, o MM. Juiz singular julgou improcedente o pedido para condenar a autora ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, estes arbitrados em R\$ 500,00 (quinhentos reais), ficando aquelas suspensas ante a concessão da assistência judiciária (fls. 371-376).

Irresignada com a decisão proferida, a autora interpôs recurso de apelação, reiterando os argumentos expostos na peça inicial e, em consequência, pugnando pela reforma da decisão objurgada. Prequestionou o art. 5º, XXXV, da CRFB (fls. 387-406).

Contra-razões às fls. 412-417 e 418-431.

VOTO

Trata-se de apelação cível interposta pela autora para a reforma da sentença singular, que julgou improcedente a sua pretensão.

Todavia, melhor sorte não lhe assiste.

Inicialmente, destaca-se que compete ao Poder Judiciário analisar a legalidade dos atos praticados pela Administração Pública, respeitando, contudo, a discricionariedade que é conferida a esta em sua atuação.

Oportunos são os ensinamentos de Maria Sylvia Zanella di Pietro:

A distinção entre os atos discricionários e atos vinculados tem importância fundamental no que diz respeito ao controle que o Poder Judiciário sobre eles exerce.

Com relação aos atos vinculados, não existe restrição, pois, sendo todos os elementos definidos em lei, caberá ao Judiciário examinar, em todos os seus aspectos, a conformidade do ato com a lei, para decretar a sua nulidade se reconhecer que esta conformidade inexistiu.

Com relação aos *atos discricionários*, o controle judicial é possível, *mas terá que respeitar a discricionariedade administrativa nos limites em que ela é assegurada à Administração Pública pela lei.*

Isto ocorre precisamente pelo fato de ser a discricionariedade um poder delimitado previamente pelo legislador; este, ao definir determinado ato, intencionalmente deixa um espaço para livre decisão da Administração Pública, legitimando previamente a sua opção; qualquer delas será legal. Daí por que não pode o Poder Judiciário invadir esse espaço reservado, pela lei, ao administrador, pois, caso contrário, estaria substituindo, por seus próprios critérios de escolha, a *opção legítima* feita pela autoridade competente com base em razões de oportunidade e conveniência que ela, melhor do que ninguém, pode decidir diante de cada caso concreto (*Direito administrativo*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 227, grifo da autora).

Com base no pensamento acima transcrito é que o Poder Judiciário deve limitar-se a analisar, neste caso, a ocorrência ou não de ilegalidade no ato praticado pelos apelados.

Compulsando os autos, verifica-se que a irresignação da apelante está direcionada ao fato de que, no momento da publicação do gabarito provisório, foi indicado como resposta certa o item "d" na questão 45, porém, no gabarito definitivo, foi efetuada uma retificação, em que constava como correto o "b", o que fez com que a apelante não alcançasse a média mínima necessária para continuar nas demais etapas do certame.

A apelante alega que a referida questão tinha por objetivo analisar a competência do Poder Executivo Municipal, trazendo à baila diretrizes

que procuram demonstrar a extensão dessa atuação com o fito exclusivo de modificar a resposta atribuída como certa pela comissão do concurso.

Em que pese o posicionamento exposto pelo eminente Julgador *a quo*, quando deferiu a tutela antecipada, entende-se como diversa da que compete a este órgão analisar, já que se trata de interpretação da pergunta formulada pela banca do concurso, que a faz de maneira discricionária, âmbito no qual o Judiciário tem limites para atuar.

Corroborando esse posicionamento, o seguinte julgado desta Corte de Justiça:

PLEITO OBJETIVANDO A NULIDADE DE RESULTADO DE CONCURSO — LIDE QUE NÃO VERSA SOBRE O MÉRITO DO ATO ADMINISTRATIVO, MAS SOBRE A SUA LEGALIDADE — IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO — NÃO OCORRÊNCIA.

A preliminar de impossibilidade jurídica do pedido foi argüida em contestação pela demandada, ao argumento de que o Judiciário não pode reexaminar as questões da prova, sob pena de intervenção indevida na esfera administrativa.

Tendo em vista que, no presente caso, o que pretende o autor seja apreciado não diz respeito exclusivamente ao mérito da decisão administrativa, sobre o qual é vedado o pronunciamento jurisdicional, mas sim a análise dos aspectos formais inerentes ao processo classificatório a que se submeteu, não está configurada a ingerência indevida, pois o que está submetido ao Judiciário é nada menos que a legalidade do ato (Ap. Cív. n. 2001.010361-3, de Blumenau, rel. Des. Volnei Carlin, j. em 20-6-2002).

No mesmo pensar, firmou o STJ os seguintes precedentes:

ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. PROCURADOR DA FAZENDA NACIONAL. IMPOSSIBILIDADE. JUDICIÁRIO. ANÁLISE. CRITÉRIOS. CORREÇÃO. PROVA SUBJETIVA. PROVA DE TÍTULOS. ATRIBUIÇÕES JURÍDICAS. INEXISTÊNCIA.

1. A pretensão do impetrante de analisar profundamente os critérios utilizados para a correção das provas subjetivas do certame em tela é intento que refoge à competência do Poder Judiciário, limitado ao exame da legalidade dos atos praticados na realização do concurso, vedada a apreciação do acerto ou desacerto quanto aos critérios na formulação de quesitos e avaliação das respostas. Precedentes.

[...]

3. Segurança denegada (MS n. 2000/0063891-9/DF, rel. Min. Fernando Gonçalves, Terceira Seção, j. 28-3-2001).

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. IMPEDIMENTO DE RELATOR. INOVAÇÃO RECURSAL. NÃO-CABIMENTO. CONCURSO PÚBLICO. REEXAME DE PROVA SUBJETIVA. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. AGRAVO IMPROVIDO.

[...]

2. A banca examinadora de concurso público elabora e avalia as provas com discricionariedade técnica. Assim, não há como o Poder Judiciário atuar para proceder à reavaliação da correção das provas realizadas, mormente quando adotados os mesmos critérios para todos os candidatos.

3. Hipótese que não se cuida de mero erro material, considerado aquele perceptível de plano, sem maiores indagações. Conclusão a respeito do direito líquido e certo invocado demandaria análise pormenorizada da resposta dada pelo recorrente à prova subjetiva, não apenas em confronto com a legislação processual, mas também com a orientação doutrinária a respeito do tema, o que não se insere, como referido acima, no âmbito de atuação do Poder Judiciário.

4. Demonstrado que a hipótese não se afasta dos demais casos já apreciados por esta Corte, não há óbice para que o relator, em decisão monocrática, negue seguimento ao recurso, com base no art. 557 do CPC.

5. Agravo regimental improvido (AgReg em RMS n. 20200/PA, Quinta Turma, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. em 25-10-2007, grifo nosso).

Na mesma esteira, afasta-se a assertiva de que compete ao Judiciário modificar o resultado atribuído à questão n. 45, e que é o objeto de análise da presente demanda, uma vez que "é vedado ao Judiciário interferir na esfera da administração para valorar os critérios adotados por ela, não apreciando matéria referente ao conteúdo de questões, mas somente verificar e julgar a constitucionalidade, legalidade e infringência dos processos seletivos" (MORAES, Alexandre. *Constituição do Brasil interpretada*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 848).

Pela própria leitura do edital (fls. 116-131), tem-se que a apelante e os demais candidatos tinham plena ciência das condições que revestiam o concurso em questão, uma vez que aquele vincula os que se inscrevem para o certame que prevê, ou seja, "o edital é a lei do concurso", ficando-lhe subordinados a Administração e os candidatos.

Ademais, o equívoco deu-se no gabarito provisório, o qual está suscetível a modificações, porque pendentes recursos interpostos administrativamente ou para correções que se fizerem necessárias, pois o gabarito definitivo é que firmará o resultado correto das respostas e dará ao candidato a possibilidade de continuar nas demais etapas do concurso, de tal sorte que não se vislumbra nenhum ato ilegal passível de correção pelo Poder Judiciário.

No tocante ao fato de o item I da pergunta n. 45 estar correto ou não, em que pese não competir ao Judiciário adentrar no conteúdo da questão, por se tratar de interpretação da Administração Pública, abarcada pela discricionariedade de seus atos, mas apenas a título de esclarecimento, é oportuno transcrever o seguinte trecho da decisão objurgada:

Resta a dúvida quanto a considerar como certa (ou errada!) a possibilidade de Poder Legislativo municipal, "mediante controle

interno e externo, este último contando com o auxílio dos Tribunais de Contas dos Estados".

A autora sustenta que a asserção é verdadeira; a comissão de concurso teve outra conclusão.

Não se pode negar que a questão, sopesadas as palavras propostas com especial rigor, permite interpretações diferentes. Isto, porém, não surpreende. O Direito não é unívoco e as palavras não são meios de comunicação incontroversos. A tarefa de revelação do conteúdo das leis, para além da enunciação meramente vernacular, está submetida sempre a componentes subjetivos. É utópico supor que um texto legal permita apenas uma visão, ou que uma seja a "verdadeira" – representação universal e infalível de um axioma. Todos quantos se dedicam ao estudo do Direito haverão de reconhecer que, nesse campo, não há espaço para o indiscutível, muito menos para que se pretenda, com superioridade intelectual indestrutível, definir a separação entre o certo e o errado.

[...]

É notório que o Poder Legislativo, ao lado da sua missão essencial de produção de normas jurídicas, também atua no controle da Administração Pública. Ante a complexibilidade dessa tarefa, é auxiliado pelos Tribunais de Contas. Como essa atividade se dá por parte de um Poder (o Legislativo) em face de outro (o Executivo), fala-se em *controle externo*. A descrição é até acadiana, pois está na própria Constituição (art. 31) (fls. 373-374).

Assim, qualquer irresignação referente à correção da questão fica afastada por ausência de ilegalidade a esse respeito, ilegalidade que poderia dar ensejo à modificação pelo Judiciário, razão pela qual a invocação do art. 5º, XXXV, da CRFB não socorre o caso *sub examine*, uma vez que essa norma abarca o princípio da legalidade, o que não foi desrespeitado em momento algum pelos apelados.

Posteriormente, ainda no intuito de anular a questão em comento, a apelante alega que, quando a matéria suscitada numa prova comportar interpretações diferentes, as questões não deveriam ser objetivas, mas, sim,

subjetivas, para que cada candidato pudesse demonstrar o seu posicionamento. Essa pretensão não merece amparo.

O conteúdo das questões, objeto do concurso, vem, previamente, descrito no edital, a fim de que o candidato tenha as diretrizes necessárias para a devida preparação, não havendo nenhuma determinação de que esta ou aquela matéria só possa ser suscitada discursivamente. Como já declinado na decisão vergastada, não há duas interpretações a serem dadas à questão n. 45, porquanto há apenas uma resposta correta, no caso a opção "b", consoante o disposto no *caput* do art. 31 da CF, o qual prevê que o Legislativo municipal fará apenas o controle externo do ente, sendo o interno feito pelo Poder Executivo.

Desta feita, a ventilada arbitrariedade dos apelados inexistente, uma vez que atuaram dentro da discricionariedade que lhes é conferida, atribuindo à pergunta a resposta correta, cuja extensão dimensionou-se a todos os demais candidatos que realizaram o certame, rechaçada qualquer assertiva contrária.

Por derradeiro, não há nenhuma dúvida acerca da atuação escorreita dos apelados no concurso e nem da impossibilidade de se anular a questão n. 45, porquanto o item I discutido está em descompasso com os preceitos constitucionais. Se fosse o caso de adentrar no exame das respostas formuladas, a alternativa estaria excluída pelos fundamentos da decisão singular e que foram ratificados neste grau de jurisdição.

Com relação ao questionamento do art. 5º, XXXV, da CRFB, são desnecessárias maiores considerações, porque já foi objeto de análise anteriormente.

Diante dessas razões, nega-se provimento ao recurso.

DECISÃO

Ante o exposto, a Quarta Câmara de Direito Público, por votação unânime, conheceu do recurso e negou-lhe provimento.

O julgamento, realizado em 12-6-2008, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Cláudio Barreto Dutra (com voto), e dele participou o Exmo. Sr. Des. Jaime Ramos.

Florianópolis, 12 de junho de 2008.

José Volpato de Souza
RELATOR

PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL

APELAÇÃO CRIMINAL

Apelação Criminal n. 2007.028719-1, de Sombrio

Relator: Des. Souza Varella

ROUBOS CIRCUNSTANCIADOS PELO EMPREGO DE ARMA E CONCURSO DE PESSOAS – ASSALTO A BANCO – MATERIALIDADE COMPROVADA – RECONHECIMENTO DE UM DOS RÉUS E CONJUNTO DE INDÍCIOS CONCATENADOS E VEEMENTES A CONFIRMAR A AUTORIA DOS CRIMES – SUBTRAÇÃO VIOLENTA DAS ARMAS DOS VIGILANTES DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA – PATRIMÔNIO DIVERSO – CONCURSO FORMAL PERFEITO – PENA CRITERIOSAMENTE DOSADA.

RECEPTAÇÃO E FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO PARTICULAR – AUTORIA E MATERIALIDADE INCONTESTES – REPRIMENDA EXACERBADAMENTE APLICADA – REDUÇÃO.

PROVIMENTO PARCIAL DE UM DOS APELOS E DESPROVIMENTO DO OUTRO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 2007.028719-1, da comarca de Sombrio (2ª Vara), em que são apelantes Danilo dos Santos Bez e Neroli Costa dos Santos, e apelado o Ministério Público, por seu Promotor:

ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal, por votação unânime, dar provimento parcial ao recurso de Danilo dos Santos Bez no tocante à dosimetria da pena e negar provimento ao outro recurso. Custas legais.

RELATÓRIO

O representante do Ministério Público oficiante na 2ª Vara da comarca de Sombrio ofereceu denúncia contra Danilo dos Santos Bez e Neroli Costa dos Santos, dando o primeiro como incurso nas sanções dos arts. 157, § 2º, incisos I e II, por três vezes, 180, *caput*, e 296, § 1º, inciso I, todos do Código Penal; e o segundo nas dos arts. 157, § 2º, incisos I e II, por três vezes, e 180, *caput*, ambos do Código Penal, pelo cometimento dos fatos delituosos descritos na exordial de fls. 2-5.

Regularmente processado o feito, o Magistrado julgou procedente a denúncia (fls. 385-430), condenando: a) Danilo dos Santos Bez à pena de 28 (vinte e oito) anos, 2 (dois) meses e 22 (vinte e dois) dias de reclusão, a ser cumprida em regime fechado, bem como ao pagamento de 236 (duzentos e trinta e seis) dias-multa, cada qual no seu valor mínimo legal, pela prática do disposto nos arts. 157, § 2º, incisos I e II, por três vezes, 180, *caput*, e 298, todos do Código Penal, em concurso material, excetuando-se os roubos em que foram operados o concurso formal e a continuidade delitiva; e b) Neroli Costa dos Santos à pena de 17 (dezesete) anos, 9 (nove) meses e 3 (três) dias de reclusão, bem como ao pagamento de 176 (cento e setenta e seis) dias-multa, cada qual no seu valor mínimo legal, pela prática do disposto no art. 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal, por três vezes, em concurso formal e continuidade delitiva.

Inconformados, os réus apelaram (fls. 456-461, 516-529 e 547-560), objetivando: a) a absolvição por falta de provas a determinar a autoria ou pela dúvida; b) a incidência do princípio da consunção para absorver um dos roubos; e c) a redução da pena.

Contra-arrazoados os recursos (fls. 473-483 e 564-577), manifestou-se a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do doutor Pedro Sérgio Steil, pelo provimento parcial dos recursos (fls. 580-584).

VOTO

De início, como dois são os apelos, analisar-se-á cada um isoladamente.

1. Neroli Costa dos Santos

A materialidade dos roubos vem atestada pelo boletim de ocorrência de fl. 10, pelos termos de apreensão de fls. 12 e 14, pelos termos de entrega de fls. 15 e 61, bem como pela prova testemunhal colhida.

A autoria, por sua vez, apesar de enfaticamente negada pelo apelante, encontra confirmação por evidências carreadas aos autos.

Pois bem, alegou o recorrente, às fls. 77 e 145, que jamais veio para Santa Catarina, já que nascido e domiciliado no Rio Grande do Sul, estando, no momento dos crimes, a trabalhar na empresa Maca Comercial Instalação Hidráulica, situada em Novo Hamburgo.

Todavia, realidade diversa destaca-se do processo.

Ora, extrai-se do depoimento lúcido, seguro e insuspeito de Sara dos Santos, colacionado à fl. 66, uma narrativa detalhada do desenvolver da trama criminosa, confirmada harmoniosamente em Juízo (fl. 204), explanação com características próprias de testemunha idônea, capaz, portanto, de relatar os fatos vistos a partir de uma percepção substancial e fiel da realidade, sem distorções.

No dizer de Borges da Rosa, “são testemunhas idôneas as que se supõe saberem a verdade e quererem dizê-la” (*Processo penal brasileiro*, 1942, v. 2, p. 44), esclarecimento tal que reflete a situação dos autos, pois, não

obstante as ameaças para que ocultasse a verdade, Sara, embora receosa, manteve-se firme no propósito de colaborar com a justiça.

Afirmou, destarte, a testemunha:

que no dia vinte e nove de outubro p.p. a depoente se encontrava trabalhando quando a agência recém havia aberto, e uma pessoa se aproximou da mesma ficando andando de um lado para o outro com um documento de veículo nas mãos, aparentando necessitar alguma informação; que após algum tempo, referida pessoa se dirigiu à janela da agência bancária e um comparsa do mesmo lhe entregou três armas, sendo um revólver, uma espingarda calibre 12, e também possivelmente, uma pistola; que neste momento, o marginal apontou a arma para a depoente e passou a perguntar quem era o gerente; [...] que a depoente acredita que os assaltantes permaneceram dentro da agência por aproximadamente 5 minutos; que durante este tempo a depoente conseguiu observar bem um dos autores do roubo; que neste momento, quando lhe é mostrada a fotografia de Neroli Costa dos Santos, vulgo “Cheba”, reconhece o mesmo como sendo um dos responsáveis pelo roubo ocorrido na data dos fatos, na agência do Banco do Brasil, sendo o mesmo aquele que permaneceu próximo a depoente e que pegou as armas do terceiro elemento que estava na rua (fl. 66, grifo nosso).

Como se percebe, o reconhecimento do irresignado, obtido na fase investigativa por fotografias, na qual se sabe é desnecessária a presença de defensor (as imagens, conforme o suplicante expôs, foram feitas por delegado, no Presídio Central – RS, e enviadas para Sombrio, desconfiada que estava a autoridade policial do envolvimento de Neroli no assalto ao Banco da localidade), foi fruto de observação atenciosa, proporcionada pelo razoável período em que a testemunha pôde visualizá-lo, revelando-se prova apta a determinar a autoria dos crimes, até porque sustentado o seu teor em Juízo.

E não é só.

Há também um conjunto de indícios veementes, elementos de convicção a controlar a fidedignidade do reconhecimento efetuado, que

autorizam admitir como certa a participação do inconformado nos delitos que lhe são imputados na denúncia.

Ora, à época dos crimes o réu desfrutava de liberdade condicional, ou seja, não estava no cárcere. Apresentou álibi infundado, sem nenhuma comprovação, o qual, como já referido no processo, caso verdadeiro, seria de fácil demonstração. Por fim, circunstância importantíssima, não se pode olvidar que foi descoberta no interior do veículo Fusca, usado na fuga dos assaltantes, uma carteira porta-documentos com inscrições do Despachante Sombriense contendo um bilhete de DPVAT, a qual, diga-se, não correspondia a nenhum dos carros apreendidos, constatando-se que objeto como este era portado pelo recorrente por ocasião do roubo ao banco, segundo se retira do depoimento de Sara já transcrito.

Surge, então, somando-se as evidências derivadas da apreciação do processo, frise-se, sem nenhuma infirmação, como indubitável a efetiva participação do inconformado nos assaltos. Foi um dos autores dos roubos.

Assim, confirmada a autoria, passa-se a analisar as demais questões levantadas no recurso.

Argumentou a defesa que o roubo das armas portadas pelos vigilantes do banco, por ser ato indispensável ao sucesso da operação criminosa, ausente o *animus rem sibi habendi*, estaria indissociavelmente inserido no próprio assalto à agência bancária, devendo, então, por este ser consumido, tese também apoiada pelo Ministério Público.

Contudo, com a devida vênia, interpretação outra demonstra-se a mais apropriada.

É que, prefacialmente, “o pressuposto essencial e característico do concurso formal é a unicidade de ação ou omissão” (LYRA, Roberto. *Comentários ao código penal*. 1958. v. 2, p. 436).

Assim, por mais que, de fato, a subtração violenta das armas dos vigias integre o contexto fático do assalto ao banco, permitindo afirmar inequivocamente se tratar de ação única, também inequivocamente se pode afirmar que patrimônio diverso do da instituição financeira foi lesado na ação do apelante. O revólver apreendido tem como proprietária a Metropolitana Catarinense de Segurança Limitada.

Partindo-se dessa premissa, é impossível a consunção requerida. É do escólio de Frederico Marques que “uma só conduta dá origem a mais de um fato, ou a mais de um crime, quando atingir a mais de um bem penalmente tutelado” (*Curso de direito penal*. 1956. v. 2, p. 349).

Ademais, no concurso formal, é dispensável perquirir a vontade que impulsionou o atuar dos agentes, pois que, haja vista se passível de verificação que o agir destes buscou resultados diversos, se havia, enfim, desígnios autônomos, apesar de única a ação, teria aplicação a parte final do art. 70 do Código Penal, que determina o cúmulo material das penas correspondentes, embora se mantenha formal o concurso de crimes.

Valiosa e precisa ao caso é a lição de Aníbal Bruno:

Essa relação entre a vontade de quem atua e os vários efeitos provocados é o que falta no concurso formal que podemos chamar perfeito, e o que justifica no concurso formal imperfeito, o de múltiplos desígnios, o acúmulo das penas.

Em todo caso, porém, segundo a construção dada à matéria pelo nosso código, deve-se concluir pela pluralidade de crimes, mesmo com unidade de ação e existência de um só desígnio, embora não se apliquem as penas correspondentes a cada um deles, mas uma só, a mais grave, exacerbada todavia (*Direito penal*: parte geral. 1959. t. 2, p. 293-294).

Finalmente, sabe-se que armas de fogo também são objetos que interessam sobremaneira aos criminosos e muitas vezes constituem, por si sós, artefatos desejados e buscados nos ataques delituosos.

Quer-se dizer, com isso, que no caso não se pode afastar desavisadamente a intenção independente dos agentes em arrebataram os revólveres dos seguranças, nem que se valendo de uma só ação, o que, repita-se, caso verificado, ensinaria o acúmulo material das sanções, jamais a desnaturação do concurso formal.

Extrai-se, no mais, corroborando, do Boletim de Ocorrência de fl. 10 que as armas dos vigilantes foram deles retiradas, ou seja, havia mais de uma e que não foi recuperada, e a outra, ao contrário do alegado, não foi abandonada, mas, sim, apreendida em virtude da impossibilidade de os agentes continuarem a fuga no veículo Santana, no qual foi encontrada, porque danificado.

É impraticável a absorção.

Com relação à aplicação da pena, por sua vez, não está a merecer reparos.

Questiona-se, no recurso, a possibilidade de avaliação negativa das circunstâncias judiciais de índole subjetiva, tais como a culpabilidade, a conduta social e a personalidade do infrator, já que tal avaliação é contrária ao sistema constitucional vigente e não se coaduna com modernos princípios a nortear o rumo do direito penal.

É despropositada a indagação.

Prefacialmente, destaca-se que

no direito penal moderno, a medida punitiva não é determinada na lei de maneira absoluta. O que se oferece ao juiz não é uma sanção rígida e invariável a aplicar, como réplica constante, à realização de cada figura típica. Nem determinação absoluta, nem absoluta indeterminação. A pena absolutamente determinada impediria o seu ajustamento, pelo Juiz, ao fato e ao agente, na realidade do caso concreto. A pena absolutamente indeterminada deixaria demasiado arbítrio ao julgador com prejuízo da necessária garantia dos direitos individuais (BRUNO, Aníbal. *Direito penal*. 1962. t. 3, p. 100).

E é nessa conjuntura que se insere a apreciação dos balizamentos ditados pelo art. 59 do Código Penal à correta fixação da reprimenda, critérios empiricamente definidos e formulados a possibilitar ao julgador, no caso concreto, a devida individualização da pena, atentando-se, no que for possível, com a coleta de elementos no processo, não só aos aspectos objetivos do crime, mas também à pessoa do delinqüente, com as particularidades, positivas ou negativas, que lhe são inerentes, motivo pelo qual se permite acompanhar Jorge Severiano quando este exprime que “*num processo não se julga um homem, mas o homem*” (*Código penal dos Estados Unidos do Brasil*. 1945. v. 2, p. 131).

Destarte, foi criteriosa e bem fundamentada a exacerbação da pena-base pelo Magistrado. As circunstâncias judiciais, pelos motivos na sentença expostos, com efeito, são péssimas e de seríssima gravidade, justificando a elevação.

As causas especiais de aumento foram sopesadas como de praxe, em 3/8 (três oitavos), também escorreitamente, e a continuidade delitiva, que ensejou o acréscimo em 2/3 (dois terços) na sanção de um dos três roubos cometidos, já que todos com idêntica punição, com fundamento no art. 71, parágrafo único, do Código Penal, não carece de correção.

Irretocável deve permanecer a fixação da reprimenda.

2. Danilo dos Santos Bez

De início, é necessário expor que a materialidade e a autoria da falsificação e da receptação (até porque a autoria deste crime está intimamente ligada à dos roubos) não foram contestadas no recurso; houve apenas insurgência com relação às penas aplicadas.

Feita a referência, no que pertine à materialidade dos roubos, reporta-se ao já declinado no apelo de Neroli.

No que tange à autoria, negada pelo ora suplicante, há nos autos indícios veementíssimos que a fazem recair sobre a sua pessoa.

Em sua defesa, o irresignado argumentou que no momento dos roubos estava em casa, e que no dia foi para Araranguá, às 14 horas, participar de uma audiência (fls. 44 e 114).

Entretanto, é nítido que a assertiva trata-se de ardil proposto no afã de evitar a iminente responsabilização criminal.

Isso porque, como já assinalado, ver-se-á adiante, reuniram-se provas críticas suficientes a permitir a restauração dos acontecimentos criminosos, desvelando-se o apelante, após refletido e orientado exame da causa, como um dos seus autores.

Quanto ao valor dos indícios à descoberta da verdade, de Câmara Leal:

Para que o indício tenha força probante é mister que a relação entre o fato demonstrado e o fato que se infere seja tão certa e evidente, de modo a não ser possível uma conclusão diversa daquela a que se chega. Se essa relação se acha plenamente justificada pela experiência, se não se pode admitir de modo algum outra conclusão ou interpretação, a consciência do juiz se declara satisfeita e o raciocínio forma a convicção (*Comentários ao código de processo penal brasileiro*. 1942. v. 2, p. 89).

Desse modo, atentando-se ao registro acima, constatou-se que o veículo Fusca utilizado na fuga dos agentes, no qual foi encontrado um cartucho de espingarda correspondente àquela empregada nos roubos, seria de propriedade e/ou estaria na posse do recorrente, conforme o próprio afirmou, bem como se percebe a planejada porém vã tentativa do réu em dissimular o poder que exercia sobre o bem, indicativo de sua participação na trama delituosa, ao confeccionar um contrato de compra e venda falso (fl. 40), o que se verifica pela não originalidade da assinatura do funcionário e do carimbo do tabelionato apostado no instrumento, pela

informação do estabelecimento de que lá os contratantes não possuem cartão de reconhecimento de assinatura (fl. 58), e pelo fato de Francisco Daminille, suposto comprador, nem sequer ter sido chamado aos autos para confirmar a transação. É nítido que compra e venda não houve e que o automóvel, portanto, estava à disposição de Danilo.

Além disso, colheu-se que a jaqueta, com características peculiares, é verdade, abandonada no automóvel Santana pelos assaltantes enquanto pretendiam se evadir, já fora vista outrora sendo usada pelo inconformado (Domingos Marques – fl. 23).

E, outrossim, com pertinência ao assunto, declarou Domingos Sávio às fls. 42-43:

Que, conhece a pessoa de Marilucia há um ano aproximadamente, e que a mesma faz programas; *Que, ficou sabendo que Marilucia era ex-amásia de “Danilo” após o assalto ao Banco do Brasil, quando Marilucia lhe contou; Que, no dia do assalto, o declarante foi até a cidade de Turvo, a procura de um funcionário seu, e em referida cidade deu carona a “Marilucia”; Que, Marilucia perguntou o que iria fazer, tendo este dito que teria que ir até a cidade de Araranguá, quando Marilucia se propôs acompanhá-lo, haja vista não ter o que fazer; [...] Que, parou o veículo em que estava, juntamente com Marilucia um Opala Azul, defronte ao Banco, para saber do que acontecia, onde ficaram sabendo se tratar de um assalto ao banco, vislumbrando também um veículo Santana sobre o canteiro, onde ficou sabendo ser dos assaltantes; Que Mariluce e o declarante desceram do veículo, sendo que Mariluce de dirigiu até as proximidades do Santana, alegando querer ver uma coisa no interior deste; Que, saíram do local, e quando estavam nas proximidades do trevo, Marilucia pediu para que o declarante seguisse, passando pelo trevo, onde nesta ato saber chamar bairro São José, dizendo esta que queria ver “um negócio”; Que passaram por uma rua do Bairro, e se dirigiram para a cidade de Turvo novamente; Que, no caminho Marilucia, disse ao declarante que o*

que queria ver no veículo Santana, que estava defronte ao banco, era se uma jaqueta que lá se encontrava era de Danilo, bem como no bairro São José, se o veículo deste, Monza, estava na garage, alegando esta que Danilo “poderia” ser um dos autores do assalto, esclarecendo ainda Mariluce ao declarante, que o Monza de Danilo estava na garage; [...] Que, dois dias após Mariluce esteve em sua casa, por volta de 22:30 horas, “desesperada”, pedindo esta que não falasse nada a polícia, do que ela havia lhe contado, alegando esta que Danilo mataria-os casa alguma informação viesse a prejudicá-lo (grifo nosso).

É relevante destacar, igualmente, que o suplicante, à época cumprindo pena em regime aberto, não se apresentou no albergue onde deveria pernoitar no exato dia dos roubos (fl. 28), alegando estar com medo. Ora, se inocente, não haveria o que temer.

Por fim, tal como sucedeu com Neroli, improvado o álibi lançado, prova, caso verdadeira a escusa, de fácil produção, uma vez que se tratava de permanência em audiência judicial, a qual, diga-se, estaria marcada para o período da tarde, o que, portanto, não impediria o cometimento dos assaltos, realizados pela manhã.

Como visto, os indícios são numerosos e vigorosos, e não existem contra-indícios a combatê-los.

Assinalou com propriedade o Des. Oliveira Sobrinho, em julgado de sua relatoria, lembrado por Espínola Filho (*Código de processo penal brasileiro anotado*. 1960. v. 3, p. 178), que

os indícios e circunstâncias quando bem concatenados, não abalados nem desfeitos por outros indícios ou outras circunstâncias, geram no espírito do julgador a certeza (certeza, não absoluta, que esta só existe no terreno das abstrações), a convicção segura e fundada do fato probando. A prova indiciária por ser de difícil apuração, para a qual terá o julgador de fazer uma operação de lógica, cuidadosa, deduzindo e raciocinando de fatos e circunstâncias conhecidas para chegar à afirmação ou à negação de certo resultado, que é o fato desconhecido – é das melhores provas de que a lei investe o julgador.

Todo o êxito da apuração da verdade estará em apurar o julgador cuidadosa e sensatamente os fatos e circunstâncias, isto é, o valor dos indícios, examinar os contra-indícios, se existentes, e por essa operação de lógica firmar a sua conclusão, isto é, a convicção de estar provado ou não o fato.

No mais, como esclarece Lopez Moreno, também citado por Espínola Filho no mesmo livro, p. 188, “cada indício que concorre, aumenta extremamente o grau de certeza, podendo ser tão grande o número que, senão à evidência, se chega a uma convicção tal que permita obrar, sem temor de engano”.

E o estudo da prova indiciária é, com efeito, indispensável, até porque, como enfatiza o Min. Bento de Faria (*Código de processo penal*. 1942. v. 1, p. 309),

se o espírito humano, na maioria das vezes, não atinge a verdade senão por argumentos probatórios indiretos, para evidenciar a circunstância ignorada com o nexos de causalidade, ou de identidade específica (SABATINI, MALATESTA), não poderia, pois, ser desprezada, nos juízos criminais, a prova indiciária, dès que cada vez mais a inteligência, a prudência e a cautela dos criminosos dificultam a prova direta.

E não se diga, após as inúmeras e mais variadas formas de que se valeram os agentes para intimidar as testemunhas, sem valor algum como prova aquela coletada nas investigações exitosas efetuadas pela autoridade policial, pois é provável que em juízo, mesmo em frente ao juiz, não viessem a se repetir, tomadas as testemunhas pelo medo da vingança anunciada.

Nem se esqueça que no processo penal pátrio vigora o sistema do livre convencimento motivado do magistrado na avaliação das provas.

É indubitável, portanto, que Danilo foi um dos autores dos roubos.

No que tange ao pleito pelo reconhecimento da absorção da subtração das armas de fogo portadas pelos seguranças da agência bancária pelo próprio assalto à instituição financeira, reporta-se, novamente, ao já mencionado no outro recurso.

Doutra banda, alega a defesa que severa demais foi a fixação das penas. E razão lhe assiste em parte.

Na dosimetria dos roubos, nada se vê para alterá-la.

Ora, as circunstâncias judiciais, tal como sucedeu com Neroli, são de enorme reprovabilidade e foram devidamente examinadas e sopesadas pelo Juiz *a quo*, que bem fundamentou a exacerbação dentro dos limites mínimo e máximo do preceito sancionador respectivo.

Na segunda etapa, foi expresso o Magistrado ao explicar que usaria uma das condenações como caracterizadora da reincidência e as outras a título de configuração de antecedentes, não se podendo falar em *bis in idem*. Legítimos, ademais, os aumentos pela reincidência.

As causas especiais de aumento foram medidas como de praxe, em 3/8 (três oitavos), também escorreitamente, e a continuidade delitiva, que ensejou o acréscimo em 2/3 (dois terços) na sanção de um dos três roubos cometidos, o da pena mais grave, com fundamento no art. 71, parágrafo único, do Código Penal, não carece de correção.

Finalmente, com relação aos crimes de receptação e falsificação de documento particular, no que pertine à aplicação da pena-base, por todos os motivos já demonstrados nos dois apelos apreciados, é desnecessária qualquer modificação.

Todavia, de fato foi rigoroso o aumento das reprimendas na segunda fase.

É que as agravantes obtiveram valoração maior ou igual ao piso de sanção estipulado abstratamente na lei aos crimes, devendo sofrer atenuação.

Dessa forma, estipula-se em 1 (um) mês o aumento para cada uma das duas agravantes constatadas, descritas nos incisos I e II, alínea *b*, do art. 61 do Código Penal, tornando-se definitiva a pena privativa de liberdade, pela ausência de outras circunstâncias a nela influírem, em 2 (dois) anos, 2 (dois) meses e 12 (doze) dias de reclusão, pela prática do disposto no art. 180 do Código Penal, e em 2 (dois) anos e 8 (oito) meses de reclusão, pela prática do disposto no art. 298 do Código Penal, mantidas as demais determinações judiciais.

DECISÃO

Ante o exposto, unanimemente, nega-se provimento ao recurso de Neroli Costa dos Santos e dá-se provimento parcial ao apelo de Danilo dos Santos Bez, reduzindo-se a pena para 2 (dois) anos, 2 (dois) meses e 12 (doze) dias de reclusão, pela prática do disposto no art. 180 do Código Penal, e para 2 (dois) anos e 8 (oito) meses de reclusão, pela prática do disposto no art. 298 do Código Penal, mantidas as demais determinações judiciais.

O julgamento, realizado no dia 27 de fevereiro de 2008, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Amaral e Silva, e dele participaram os Exmos. Srs. Des. Victor Ferreira e Tulio Pinheiro.

Florianópolis, 3 de abril de 2008.

Souza Varella
RELATOR

SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL

APELAÇÕES CRIMINAIS

Apelação Criminal n. 2007.057737-5, da Capital

Relator: Des. Sérgio Paladino

APELAÇÃO CRIMINAL. COAÇÃO NO CURSO DO PROCESSO. ART. 344 DO CÓDIGO PENAL. *DOMINUS LITIS* QUE DEIXOU DE SE MANIFESTAR SOBRE A POSSIBILIDADE DE SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO POR OCASIÃO DO OFERECIMENTO DA DENÚNCIA. NECESSIDADE DE CONVERSÃO DO JULGAMENTO EM DILIGÊNCIA COM VISTAS A QUE SEJA ATENDIDA A PROVIDÊNCIA, *EX VI* DO ART. 89 DA LEI N. 9.099/95. RECURSOS SOBRESTADOS.

A suspensão condicional do processo constitui-se em direito subjetivo do acusado, de modo que é imperativo que se lhe submeta à respectiva proposta quando se verificar a hipótese de incidência do art. 89 da Lei n. 9.099/95, e caberá ao *dominus litis*, no oferecimento da denúncia, analisar a possibilidade do respectivo oferecimento.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 2007.057737-5, da comarca da Capital (2ª Vara Criminal), em que são apelantes Sérgio Ferreira dos Santos, Juliano Jucélio dos Santos, Fabrício Paulo Fermiano, Osvaldo Ademázio Sagaz, Jair Gregório da Cunha e Jaison Gregório da Cunha, e apelada a Justiça, por seu Promotor:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por unanimidade, converter o julgamento em diligência com vistas a que o Dr. Promotor de Justiça manifeste-se sobre o art. 89 da Lei n. 9.099/95, sobrestando-se a apreciação dos recursos.

RELATÓRIO

Na comarca da Capital, o representante do Ministério Público ofereceu denúncia contra Jair Gregório da Cunha, Jaison Gregório da Cunha, Sérgio Ferreira dos Santos, Osvaldo Ademázio Sagaz, Fabrício Paulo Fermiano e Juliano Jucélio dos Santos, dando-os como incurso nas sanções previstas no art. 344 do Código Penal, narrando assim os fatos, *ipsis verbis*:

Em 22 de setembro de 2005, a vítima Norma Suzana Saint Hilaire prestou depoimento na Divisão de Repressão a Entorpecentes – DRE – DEIC, em caráter sigiloso, conforme provimento nº 14/03 da Corregedoria-Geral de Justiça do Estado de Santa Catarina, denunciando JAIR GREGÓRIO DA CUNHA, JAISON GREGÓRIO DA CUNHA e Valter Euclides Ferreira, por suas atuações no tráfico de drogas no bairro dos Ingleses, nesta Capital. Não obstante, foi anexada aos autos da ação penal não somente as declarações, como também a qualificação da testemunha, expondo sua identidade ao conhecimento dos acusados.

A partir do momento que JAIR e JAISON foram postos em liberdade, toda a família de Norma começou a receber ameaças de morte. OSVALDO espalhou pelo bairro que "se o JAIR estalasse os dedos e mandasse eliminar a família [...] ele mesmo se encarregaria de arrumar gente para matá-los" (f. 12), e mandou JULIANO e outro rapaz "espionarem" o filho de Norma, Maximilliano Iametti, sendo que este mudou toda sua rotina temendo por sua vida.

No dia 22 de março de 2006, Maximilliano, seu irmão Jonathan Iametti e seu amigo Raony Matzenbacher, foram agredidos fisicamente por OSVALDO, SÉRGIO, FABRÍCIO, JULIANO, JAIR e JAISON (boletim às f. 18). Ademais, Maximilliano afirmou ter presenciado JAIR, por diversas vezes, com o veículo na frente de sua residência, intimidando sua família, bem como declarou estar recebendo mensagens, via

correio eletrônico, de autoria de SÉRGIO, anunciando que Norma irá amanhecer "com a boca cheia de formiga".

No dia 26 de março de 2006, Hugo Alberto Iametti, marido de Norma, trabalhava na via pública em frente à sua oficina, quando JAIR passou dirigindo em alta velocidade, e arremessou o veículo contra o mesmo, que felizmente conseguiu se esquivar. Logo em seguida, JAIR parou o carro próximo a Hugo e, armado, começou a provocá-lo dizendo que iria matá-lo. Neste momento se aproximaram, correndo, SÉRGIO e outros dois elementos não identificados, todos armados, afirmando que iriam matar Hugo e sua família, quando JAIR disse que ele mesmo iria fazer o "serviço", tendo em seguida entrado no carro e saído do local.

Os acusados usaram de violência física (indiretamente) e grave ameaça contra a pessoa que foi chamada a intervir em processo judicial (Norma/testemunha), com a finalidade de favorecer interesse próprio (no caso de JAIR e JAISON) e alheio (o caso dos demais) (fls. 2-4).

Antes da deflagração da ação penal foi decretada a prisão temporária dos acusados (fls. 31-32).

Recebida a denúncia (fl. 122), citados (fls. 134, 162-163, 205-207) e interrogados (fls. 166-177), os réus apresentaram as defesas prévias, em que postularam a produção de prova oral (fls. 178-189).

Nesse interregno, juntaram-se aos autos pedidos de informações oriundos dos *habeas corpus* impetrados em favor de Juliano, Fabrício, Jaison e Jair (fls. 96-101, 105-110, 135-156), seguidos das cópias enviadas pelo Dr. Juiz de Direito (fls. 102-103, 111-112 e 160) e dos respectivos acórdãos (fls. 324-333, 336-340 e 343-345).

Inquiridas a vítima (fls. 353-354), três das testemunhas arroladas na exordial (fls. 355-358) e duas das apontadas na peça de resistência de Sérgio (fls. 363-364), desistiram as partes quanto às remanescentes; seguiu-se, então, a fase de diligências, em que apenas o *dominus litis* fez requerimento.

Ofertadas as derradeiras alegações, por memoriais e na ordem legal (fls. 381-386, 388-404 e 406-416), a Dra. Juíza Substituta proferiu a sentença,

por intermédio da qual julgou procedente a denúncia e, como corolário, condenou os réus, cada qual, às penas de 1 (um) ano de reclusão, para cujo resgate estabeleceu o regime aberto, e 10 (dez) dias-multa, no valor unitário correspondente ao mínimo legal, por infração ao art. 344 do Código Penal. Considerando presentes os requisitos legais, a Magistrada substituiu a privativa de liberdade por uma restritiva de direitos, consistente em prestação de serviços à comunidade (fls. 417-425).

Inconformados, os réus apelaram. Osvaldo suscita a inépcia da denúncia, por não individualizar a sua conduta, e a nulidade da sentença, por violar o princípio da individualização da pena. No mérito, todos objetivam a absolvição ao argumento de que não há no processo prova suficiente para sustentar o veredicto condenatório. Jair e Jaison sustentam, ainda, que não tiveram nenhuma participação no evento (fls. 435-447, 458-462, 464-467, 481-486 e 505-513).

Com as contra-razões (fls. 527-530), os autos ascenderam a esta Corte, e a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer do Dr. Sérgio Antônio Rizelo, manifestou-se pelo conhecimento e desprovimento dos recursos (fls. 533-547).

VOTO

Primeiramente, era indispensável que o *dominus litis*, ao denunciar os apelantes, se pronunciasse sobre o benefício previsto no art. 89 da Lei n. 9.099/95, pois a suspensão condicional do processo constitui-se em direito subjetivo do réu, máxime porque a pena mínima cominada ao delito para cuja punição foi instaurada esta ação penal não é superior a 1 (um) ano; cabe ao Promotor de Justiça, outrossim, analisar as demais operadoras contempladas no art. 89 do mencionado diploma, com vistas à concessão, ou não, da benesse.

O *sursis* processual é benéfico ao réu, visto que importará na descriminalização da conduta que perpetrou, por consubstanciar um "dos meios de

conceder crédito de confiança ao criminoso primário, estimulando-o a que não volte a delinquir" (MIRABETE, Julio Fabbrini. *Juizados especiais criminais: comentários, jurisprudência, legislação*. São Paulo: Atlas, 1997. p. 143).

Ademais, conforme decidiu o Superior Tribunal de Justiça,

o Ministério Público, ao não ofertar a suspensão condicional do processo, deve fundamentar adequadamente a sua recusa. A recusa concretamente motivada não acarreta, por si, ilegalidade sob o aspecto formal (Precedentes) (HC n. 41859/SP, rel. Min. Felix Fischer, j. 3-8-06. Disponível, em: <www.stj.gov.br/jurisprudência>. Acesso em: 6 maio 2008).

A esse respeito, decidiu esta Corte:

Omissis

O benefício da suspensão condicional do processo é um instituto "despenalizador", com o intuito de preservar o réu primário, de boa conduta, que cometeu delito de pouca gravidade. Entretanto, preenchidos os requisitos para a sua concessão, o Ministério Público tem o poder-dever de manifestar-se sobre sua proposição (Ap. Crim. n. 97.011356-0, de Seara, rel. Des. José Roberge).

DECISÃO

Ante o exposto, por unanimidade, converteu-se o julgamento em diligência para que o *dominus litis* se manifeste sobre o art. 89 da Lei n. 9.099/95, sobrestando-se a apreciação dos recursos.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Exmos. Srs. Des. Irineu João da Silva e Salete Silva Sommariva. Emitiu parecer pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Dr. Sérgio Antônio Rizelo.

Florianópolis, 6 de maio de 2008.

Sérgio Paladino
PRESIDENTE E RELATOR

Apelação Criminal n. 2008.007539-3, de Joinville

Relator: Des. Sérgio Paladino

PROCESSUAL PENAL. SEQÜESTRO DE IMÓVEL. EMBARGOS. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. ARGÜIÇÃO DE CERCEAMENTO DE DEFESA EM VIRTUDE DE NÃO TER SIDO DEFERIDA A PRODUÇÃO DE PROVA SUSCITADA NA PETIÇÃO INICIAL DOS EMBARGOS. SENTENÇA FUNDAMENTADA NA AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA ORIGEM LÍCITA DO BEM. CIRCUNSTÂNCIA QUE SOMENTE PODE SER DIRIMIDA APÓS A COLHEITA DA PROVA ORAL. NULIDADE. DECLARAÇÃO QUE SE IMPÕE. RECURSO PROVIDO.

Constitui cerceamento de defesa, consistente na nulidade da sentença, deixar o magistrado de realizar a produção de prova oportunamente requerida e julgar antecipadamente a lide em desfavor dos embargantes, fundando a decisão na ausência de comprovação da origem lícita do bem seqüestrado.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 2008.007539-3, da comarca de Joinville (2ª Vara Criminal), em que são apelantes Selito Galiza e Edna Hammers Galiza, e apelada a Justiça, por seu Promotor:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por unanimidade, dar provimento ao recurso para anular a sentença de fls. 163-165 e ordenar que se enseje aos apelantes a produção da prova requerida. Custas legais.

RELATÓRIO

Na comarca de Joinville, o representante do Ministério Público ofereceu denúncia contra Marcelo Pereira Arnos, Ademir de Souza, Selito Galiza e Silveron Woginski, dando-os como incurso nas sanções previstas

nos arts. 12, 13 e 14 da Lei n. 6.368/76. Ato contínuo, requereu o seqüestro do terreno localizado na Rua Palmares, n. 221, bairro Atiradores, cidade de Joinville, registrado em nome do terceiro e matriculado na 2ª Circunscrição Imobiliária sob o n. 3.503, no Livro n. 2 do Registro Geral (fls. 2-16).

Por considerar presentes os requisitos alinhados no art. 126 do Código de Processo Penal, o Dr. Juiz de Direito determinou o seqüestro do bem indicado, bem como a promoção da respectiva inscrição no Registro de Imóveis (fl. 20).

Concluída a instrução dos autos do processo principal, o Magistrado julgou parcialmente procedente a denúncia e condenou Marcelo e Ademir por infração aos arts. 12, *caput*, e 14, ambos da Lei n. 6.368/76; absolveu, contudo, Selito de todas as imputações que lhe foram feitas, nos termos do art. 386, VI, do Código de Processo Penal. Após, determinou a perda em favor da União dos bens apreendidos em poder dos réus, especificando, no tocante ao imóvel seqüestrado, que se certificasse o trânsito em julgado nos respectivos autos para os efeitos dos arts. 133 e 143 do Código de Processo Penal (fls. 40-61).

Em razão do não-conhecimento dos embargos de terceiros opostos contra a decisão que ordenou o seqüestro do imóvel (fls. 94-95), Selito e sua esposa, Edna Hammers Galiza, interpuseram apelação, e esta Câmara, por unanimidade, proveu, parcialmente, o recurso e determinou a remessa dos autos ao Dr. Juiz *a quo* para a respectiva apreciação (fls. 140-147).

Ato contínuo, o Magistrado rejeitou os embargos, mantendo a perda do bem seqüestrado (fls. 163-165), decisão da qual Selito e Edna opuseram, sem sucesso, embargos de declaração (fls. 182-184).

Inconformados, apelaram argüindo, preliminarmente, a anulação da decisão por cerceamento de defesa, ao argumento de que o Dr. Juiz de Direito não lhes ensejou a produção da prova oportunamente requerida.

No mérito, objetivam o levantamento do ato de constrição, à consideração de que o imóvel lhes pertencia e que não há nos autos elementos suficientes que comprovem a sua aquisição ilícita. Aduzem, ainda, a ausência de identidade entre o pedido do Ministério Público e a decisão condenatória, bem como a falta de fundamentação na sentença que determinou a perda do imóvel (fls. 200-217).

Com as contra-razões (fls. 220-226), os autos ascenderam a esta Corte, e a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer do Dr. Robison Westphal, manifestou-se pelo conhecimento e desprovimento do recurso (fls. 230-233).

VOTO

Perseguem os apelantes, à guisa de preliminar, que se declare a nulidade da sentença em razão de ter ocorrido cerceamento de defesa, por terem sido julgados antecipadamente os embargos pelo Magistrado, sem que lhes fosse possibilitada a produção da prova oral requerida na petição inicial.

Procede o reclamo, porquanto os apelantes postularam em oportunidade própria a produção de prova, mediante a qual pretendiam comprovar que o bem seqüestrado foi adquirido licitamente. Ocorre que o Magistrado julgou antecipadamente a lide indeferindo tacitamente a respectiva produção.

Com efeito, além de não lhes ensejar a produção da prova requerida, o Juiz *a quo* afirmou na sentença que as provas reunidas nos autos mostravam-se suficientes para amparar com segurança a decisão. Contudo, em um dos seus fundamentos para decretar o perdimento do bem, afirmou que os apelantes não comprovaram, como lhes incumbia, a origem lícita do imóvel, o que caracteriza o cerceamento de defesa, que redundará na anulação da decisão em conseqüência do evidente prejuízo que lhes causou.

Dissertando sobre as nulidades no processo penal, sublinham Ada Pellegrini Grinover, Antônio Scarance Fernandes e Antônio Magalhães Gomes Filho, *verbis*:

A garantia do contraditório não tem apenas como objetivo a defesa entendida em sentido negativo — como oposição ou resistência —, mas sim principalmente a defesa vista em sua dimensão positiva, como influência, ou seja, como direito de incidir ativamente sobre o desenvolvimento e o resultado do processo. É essa visão que coloca ação, defesa e contraditório como direitos a que sejam desenvolvidas todas as atividades necessárias à tutela dos próprios interesses ao longo de todo o processo, manifestando-se em uma série de posições de vantagem que se titularizam quer no autor, quer no réu.

Salienta-se, assim, o direito à prova como aspecto de particular importância no quadro do contraditório, uma vez que a atividade probatória representa o momento central do processo: estritamente ligada à alegação e à indicação dos fatos, visa ela a possibilitar a demonstração da verdade, revestindo-se de particular relevância para o conteúdo do provimento jurisdicional. O concreto exercício da ação e da defesa fica essencialmente subordinado à efetiva possibilidade de se representar ao juiz a realidade do fato posto como fundamento das pretensões das partes, ou seja, de estas poderem servir-se das provas.

A jurisprudência brasileira é tranqüila nesse sentido, falando na imprescindibilidade de se conferirem a ambas as partes todos os recursos para o oferecimento da matéria probatória. E, se tal não ocorrer, fala a jurisprudência, genericamente, em cerceamento de defesa ou de acusação (*As nulidades no processo penal*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 122).

Ademais, o julgamento antecipado da lide, conforme preceitua o art. 330, I, do Código de Processo Civil — citado pelo Magistrado na decisão dos embargos de declaração —, ocorrerá “quando a questão de mérito for unicamente de direito, ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência”.

Ora, se o Juiz *a quo* não realizou a produção de prova em razão da justificativa de já existirem fatos elementos para alicerçar o perdimento

do bem, não pode, posteriormente, fundamentar sua decisão em desfavor daqueles que a requereram, com base na ausência de comprovação da lícita aquisição do imóvel.

Em hipótese assemelhada, decidiu esta Corte:

Omissis.

Reconhecida na sentença a ausência de prova sobre fato relevante à solução do feito, não poderia o juiz ter proferido julgamento antecipado da lide, porquanto este, nos termos da Lei Processual Civil, só pode ser efetivado se não houver necessidade de produção de outras provas além daquelas já constantes dos autos (Ap. Cív. n. 2005.006621-6, da Capital, rela. Des. Salete Silva Sommariva).

Portanto, ante as justificativas constantes dos embargos, era direito irrecusável dos apelantes a produção da prova postulada, por meio da qual pretendiam comprovar as suas alegações, de forma que consistiu em cerceamento de defesa a sua dispensa pelo Dr. Juiz de Direito, que proferiu a sentença sem ao menos motivar tal decisão quanto ao detalhe.

DECISÃO

Ante o exposto, por unanimidade, deu-se provimento ao recurso para anular a sentença de fls. 163-165 e ordenar que se enseje aos apelantes a produção da prova requerida.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Exmos. Srs. Des. Irineu João da Silva e Tulio Pinheiro. Emitiu parecer pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Dr. Robison Westphal.

Florianópolis, 17 de junho de 2008.

Sérgio Paladino
PRESIDENTE E RELATOR

Apelação Criminal n. 2008.016752-4, de Criciúma

Relator: Des. Sérgio Paladino

APELAÇÃO CRIMINAL. JÚRI. HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO. MOTIVO TORPE E RECURSO QUE DIFICULTOU OU IMPOSSIBILITOU A DEFESA DA VÍTIMA. RÉU QUE DECLARA, EM TODAS AS FASES DO PROCESSO, TER AGIDO EM LEGÍTIMA DEFESA. AUSÊNCIA DE QUESITO QUANTO AO PARTICULAR. OBRIGATORIEDADE. ART. 484, INCISO III, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. NULIDADE ABSOLUTA QUE SE RECONHECE DE OFÍCIO. RECURSO PREJUDICADO.

"Uma vez articulada a defesa pelo próprio acusado, em depoimento, e não sendo ela incompatível com a formulada tecnicamente pelo profissional da advocacia, cumpre a feitura do quesito respectivo, sob pena de configurar-se a transgressão ao devido processo legal" (STF, RE n. 183.529-SP, rel. Min. Marco Aurélio, j. 16-12-97. Disponível em: [www.stf.gov.br/jurisprudência/inteiro teor de acórdãos](http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/inteiro%20teor%20de%20acord%C3%A3os)>. Acesso em: 29 abr. 2008).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 2008.016752-4, da comarca de Criciúma (1ª Vara Criminal), em que é apelante Patrick de Oliveira Silveira e apelada a Justiça, por seu Promotor:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por unanimidade, reconhecer, de ofício, a existência de nulidade absoluta e, em consequência, anular o julgamento realizado pelo Tribunal do Júri, em face da não-

inclusão, ao questionário apresentado ao Conselho de Sentença, de quesito obrigatório, concernente à tese da legítima defesa, reputando-se prejudicada a análise do recurso. Custas legais.

RELATÓRIO

Na comarca de Criciúma, o representante do Ministério Público ofereceu denúncia contra Patrick de Oliveira Silveira, dando-o como incurso nas sanções previstas no art. 121, § 2º, incisos I e IV, e § 4º, parte final, combinado com o art. 61, inciso II, alínea *f*, ambos do Código Penal, pelos fatos assim descritos, *ipsis verbis*:

Na noite de 13 de agosto de 2005, por volta das 19h30min, no interior da residência sita à rua das Hortências, 28, bairro Renascer, nesta cidade, o denunciado, *animus necandi*, munido com um pé-de-cabra, desferiu dois golpes na cabeça de seu padrasto, senhor Arlênio Quadros Severo, provocando-lhe ferimentos corto-contusos, um na região interparietal posterior, medindo 8 centímetros de comprimento, e outro na região occipital alta, mais à esquerda, medindo 3 centímetros de comprimento, deles decorrendo traumatismo crânio-encefálico, sendo que a vítima, embora socorrida e internada, veio a morrer onze dias após, em 24 daquele mês, no hospital São José, também nesta cidade, em razão de referidas lesões, conforme atesta o auto de exame cadavérico nº 119/2005, juntado às fls. 10-13 do inquérito.

De tal forma, o denunciado matou a vítima.

Denota-se, a par disso, que o crime foi cometido por motivo torpe, tendo em vista que o denunciado, enfrentando problemas com a vítima desde tenra idade, nesse dia resolveu vingar-se de seu padrasto, ceifando-lhe a vida (qualificadora subjetiva); mediante recurso que tornou impossível a defesa da vítima, haja vista haver sido colhida de surpresa, quando encontrava-se jantando, sentada à mesa de refeições da residência (qualificadora objetiva); contra pessoa maior de 60 (sessenta) anos, pois o senhor Arlênio, na ocasião, contava com 70 (setenta) anos de idade (majorante); e prevalecendo-se o denunciado de relações de coabitação com a vítima (agravante) (fls. 2-3).

Recebida a denúncia (fls. 77-78), citado (fl. 82) e interrogado (fls. 89-91), o réu apresentou a defesa prévia, em que postulou a produção de prova oral (fl. 93); o Magistrado, em seguida, decretou a sua prisão preventiva (fls. 128-129).

Inquiridas quatro das testemunhas arroladas na exordial (fls. 139-142 e 154) e as indicadas na peça de resistência (fls. 141-142 e 154-156), desistiu o *dominus litis* da remanescente, e o réu requereu, sem sucesso, a revogação da medida cautelar; ato contínuo, as partes ofereceram suas derradeiras alegações, por memoriais e na ordem legal (fls. 158-159 e 177-178).

Nesse interregno, juntou-se ao processo pedido de informações oriundo do *habeas corpus* impetrado em favor do acusado (fls. 161-170), seguido das respectivas cópias enviadas pelo Magistrado (fls. 172-174) e do acórdão (fls. 201-205).

O Dr. Juiz de Direito, então, proferiu a sentença, por intermédio da qual julgou admissível a denúncia e, como corolário, pronunciou Patrick como incurso nas sanções previstas no art. 121, § 2º, incisos I e IV, e seu § 4º, combinado com o art. 61, inciso II, alínea *f*, ambos do Código Penal; negou-lhe, ao final, o direito de recorrer em liberdade (fls. 179-184).

Em seguida, foi ofertado o libelo acusatório, no qual o Dr. Promotor de Justiça pleiteou a produção de prova oral (fls. 191-192), bem assim a respectiva contrariedade, com indicação de testemunhas (fls. 197-198).

Cumpridas as demais formalidades legais, Patrick foi submetido a julgamento pelo Tribunal do Júri, e o Conselho de Sentença reconheceu, por maioria de votos, a materialidade e a autoria do homicídio; admitiu, com divergência, as qualificadoras do motivo torpe e do recurso que impossibilitou a defesa do ofendido; acolheu, com discrepância

de votos, a causa de aumento de pena por ter sido o crime cometido contra pessoa maior de 60 anos; reconheceu, por maioria de votos, a incidência da agravante por ter o réu se prevalectido das relações de coabitação com a vítima; afastou, por fim, também com diferença na votação, a incidência de circunstância atenuante (fls. 288-290).

Na seqüência, o Dr. Juiz Substituto proferiu a sentença, por meio da qual impôs a Patrick a pena de 18 (dezoito) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, a ser resgatada em regime inicialmente fechado, por infração ao art. 121, § 2º, incisos I e IV, e seu § 4º, combinado com o art. 61, inciso II, alínea *f*, ambos do Código Penal. Ao final, o Magistrado negou-lhe o direito de recorrer em liberdade (fls. 291-293).

Inconformado, o réu apelou, objetivando a anulação do julgamento à consideração de que o veredicto dos jurados contrariou frontalmente a prova dos autos, porquanto as provas neles constantes não permitem o reconhecimento das qualificadoras. Sucessivamente, pugna a diminuição da pena, com o reconhecimento de atenuantes em seu favor (fls. 310-314).

Com as contra-razões (fls. 315-320), os autos ascenderam a esta Corte, e a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer do Dr. Anselmo Agostinho da Silva, manifestou-se pelo desprovimento do recurso (fls. 324-325).

VOTO

O processo padece de vício insanável, pois se extrai da leitura atenta dos depoimentos prestados pelo apelante, em todas as fases procedimentais (fls. 42-45, 89-91 e 267-272), que ele declarou ter agido em legítima defesa, tese que não foi defendida pelo seu advogado, em plenário, mas que deveria ter sido quesitada pelo Magistrado, *ex vi* do art. 484, inciso III, do Código de Processo Penal.

A ausência do quesito, obrigatório, macula o julgamento do Tribunal do Júri, já que ao Conselho de Sentença não se oportunizou decidir sobre a excludente, o que caracteriza ofensa aos princípios da ampla defesa e do devido processo legal.

A esse respeito, em hipótese assemelhada, decidiu o Supremo Tribunal Federal, *verbis*:

Uma vez articulada a defesa pelo próprio acusado, em depoimento, e não sendo ela incompatível com a formulada tecnicamente pelo profissional da advocacia, cumpre a feitura do quesito respectivo, sob pena de configurar-se a transgressão ao devido processo legal (RE n. 183.529-SP, rel. Min. Marco Aurélio, j. 16-12-97. Disponível em: www.stf.gov.br/jurisprudencia/inteiro-teor-de-acordaos>. Acesso em: 29 abr. 2008).

Colhe-se excerto do voto acima, proferido pelo Ministro Marco Aurélio, que se coaduna com a espécie:

Vale ressaltar que uma coisa é a inserção de quesito que possa conflitar, até mesmo, com a defesa técnica apresentada; outra diversa é a formulação de quesitos a partir de óptica externada pelo acusado, conducente, uma vez confirmada, a excludente de ilicitude. Na hipótese vertente, o que sustentou a defesa técnica foi o homicídio simples, quando, na verdade, deveria ter articulado, numa primeira fase, a legítima defesa, tal como assegurado, que ocorrera pelo próprio acusado. O caso se aproxima, até mesmo, da situação em que o acusado fica indefeso.

No mesmo sentido, esta Corte decidiu a Apelação Criminal n. 2000.011493-6, de Xanxerê, rel. Des. Nilton Macedo Machado.

Diante disso, ausente quesito, obrigatório, relativo à excludente de ilicitude, e omissa a defesa no pertinente, mister que se anule o julgamento do Tribunal do Júri, para que a outro se submeta Patrick, observados, agora, os ditames legais; fica prejudicada a análise do seu apelo, mantida, entretanto, a sua segregação.

DECISÃO

Ante o exposto, por votação unânime, reconheceu-se, de ofício, a nulidade absoluta, para anular o julgamento do Tribunal do Júri e determinar que a outro seja o apelante submetido, reputando-se prejudicado o seu apelo.

Participaram do julgamento, realizado no dia 29 de abril de 2008, os Exmos. Srs. Des. Irineu João da Silva e Salete Silva Sommariva. Emitiu parecer pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Dr. Anselmo Agostinho da Silva.

Florianópolis, 6 de maio de 2008.

Sérgio Paladino
PRESIDENTE E RELATOR

Apelação Criminal n. 2008.008210-9, de Chapecó

Relator: Des. Irineu João da Silva

PORTE ILEGAL DE MUNIÇÃO, DE USO PERMITIDO (ART. 14 DA LEI N. 10.826/03). CARTUCHOS PARA ESPINGARDA CALIBRE 12 APREENDIDOS DENTRO DO VEÍCULO DO AGENTE, SEM AUTORIZAÇÃO E EM DESACORDO COM DETERMINAÇÃO LEGAL. AUSÊNCIA DE LAUDO PERICIAL ACERCA DA POTENCIALIDADE LESIVA. DESNECESSIDADE. CRIME DE MERA CONDUTA. RESULTADO JURÍDICO CONFIGURADO. MATERIALIDADE E AUTORIA DEVIDAMENTE COMPROVADAS. CONDENAÇÃO MANTIDA. RECURSO NÃO PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 2008.008210-9, da comarca de Chapecó (1ª Vara Criminal e Júri), em que é apelante Leandro Mello, e apelada a Justiça Pública, por seu promotor:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, conhecer do recurso e negar-lhe provimento. Custas legais.

RELATÓRIO

O representante do Ministério Público oficiante na 1ª Vara Criminal e Júri da comarca de Chapecó ofereceu denúncia contra Leandro Mello, como incurso nas sanções do art. 14 da Lei n. 10.826/03, pelos seguintes fatos descritos na proemial acusatória (fls. 2-3):

No dia 6 de novembro de 2004, a polícia militar daquela cidade abordou Leandro Mello, ora denunciado, e encontrou diversos objetos de furto, os quais já estão sendo tratados no Inquérito Policial n. 313/2004, da 2ª Delegacia de Polícia de Chapecó.

Na mesma ocasião, verificou que o denunciado portava, detinha, transportava, mantinha sob sua guarda ou ocultava munição, de uso

permitido, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, tratando-se de dois cartuchos de espingarda calibre 12, como se verifica no Termo de Apreensão às fls. 12 e 13.

Concluída a instrução criminal, a denúncia foi julgada procedente, para condenar Leandro Mello ao cumprimento da pena de 2 (dois) anos de reclusão, em regime aberto, e pagamento de 10 (dez) dias-multa, cada qual no valor mínimo legal, nos termos da exordial acusatória (fls. 120-126).

Inconformado com a prestação jurisdicional, o acusado apelou, requerendo a absolvição, ao argumento de não existirem provas suficientes para a condenação (fls. 136-141).

Com as contra-razões (fls. 142-146), nesta instância, a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Robison Westphal, manifestou-se pelo conhecimento e não provimento do apelo (fls. 155-157).

VOTO

O inconformismo do recorrente não merece provimento, devendo ser mantida a decisão condenatória nos termos em que foi prolatada.

Consta da exordial acusatória que, no dia 6-11-2004, policiais militares verificaram que o réu Leandro Mello detinha, transportava, mantinha sob guarda ou ocultava, dentro do seu veículo, dois cartuchos de espingarda calibre 12, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

A materialidade está consubstanciada no termo de exibição e apreensão de fls. 15-16.

Registre-se que a ausência de exame pericial para aferição do potencial lesivo da munição é irrelevante, pois, no crime em tela, a capacidade de dano é presumida.

Isso porque se trata de delito de perigo abstrato e de mera conduta, que não exige resultado nocivo para sua concreção.

A respeito do tema, bastante elucidativas as considerações do Exmo. Sr. Des. Subst. Túlio Pinheiro, *mutatis mutandis*:

A assertiva de que o porte de munição, por si só, não pode ser considerado crime, eis que, do ponto de vista material, não colocou em perigo real ou sequer ameaçou o bem jurídico tutelado, não se sustenta.

Frisa-se que o texto legal não faz nenhuma ressalva à qualidade ou eficácia da munição, não se exigindo, neste sentido, efetiva ofensa ao bem jurídico tutelado, no caso, a incolumidade pública, já que se trata de delito de perigo abstrato e de mera conduta, que se consuma com a simples prática de uma das ações previstas no núcleo do tipo penal (Ap. Crim. n. 2005.024918-8, de Blumenau, j. 29-8-2006).

Como não bastasse, se ninguém, inclusive o acusado, pôs em dúvida a eficácia da munição, era prescindível que fosse submetida à perícia.

A autoria, igualmente, ficou evidenciada. O acusado não só foi preso com a munição, como também admitiu, na fase policial, que os cartuchos estavam em seu veículo há mais de três dias, mas não soube dizer como foram parar lá, pois não possuía espingarda (fl. 10). Em Juízo, limitou-se a declarar que desconhecia a origem da munição e não possuía arma de fogo (fl. 91).

Por sua vez, o condutor Elias Lazarotto disse, em síntese, que ele e os colegas milicianos receberam um chamado para averiguar o local onde os bens subtraídos da loja “Cia. do Som” poderiam estar guardados e, ao chegarem lá, observaram o acusado saindo com um objeto sob a camiseta e entrando em um carro. Após, em buscas neste veículo, encontraram dois cartuchos intactos de espingarda calibre 12. Salientou que, naquela ocasião, o réu comentou que a munição pertencia ao amigo “Magnum” (fls. 6 e 107).

O agente público Cléber Marcos Fossá acrescentou que, na casa de onde o réu havia acabado de sair, conversaram com uma moça, a qual identificou-se como irmã de “Magnum” e afirmou que a mercadoria furtada da loja “Cia. do Som” foi deixada em sua residência pelo acusado e seu irmão (fls. 7-8).

No mesmo rumo as declarações do policial Witelmo Roberto Marques Ortiz (fls. 8 e 105).

É cediço que os depoimentos de policiais merecem fé como o de qualquer outra testemunha, e se de suas declarações, bem como das circunstâncias em que ocorreu a prisão, exsurge a certeza moral do delito, só resta o decreto condenatório.

É importante destacar que eventuais divergências sobre detalhes periféricos não afetam a versão acusatória e tampouco abalam a credibilidade dos depoimentos. As pequenas contradições nas declarações policiais, por si sós, não as tornam suspeitas, mormente se elas convergem no principal. A exata coincidência é que justificaria ausência de credibilidade, porque importaria, nesse caso, a presunção de ajuste e combinação para que fosse relatada igual versão.

Nesse passo, não merece amparo a alegação defensiva de que os relatos castrenses não se prestam para comprovar a culpabilidade do apelante, ao argumento de que um dos policiais disse que a munição foi apreendida dentro da residência, pois o próprio réu admitiu, na lavratura do auto de prisão em flagrante, que os cartuchos estavam em seu veículo há mais de três dias.

Também não tem cabimento a assertiva do apelante de que sofreu agressões na delegacia de polícia, cabendo à defesa a comprovação das atitudes imputadas à autoridade policial, uma vez que o ônus da prova cabe a quem alega o fato. Afora isso, foi assistido por um advogado e, também, por familiares (fl. 5), e assinou os termos de declarações, em que constava que estava ileso.

Logo, diante desse contexto tão incriminador, a manutenção do decreto condenatório se revela o justo desiderato, pois só o ato de transportar munição, sem a devida licença de porte da autoridade competente e em desacordo com determinação legal, configura perfeitamente o tipo capitulado no art. 14 da Lei n. 10.826/03, que possui a seguinte redação:

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.

Dessarte, não merece acolhida o pedido de absolvição ao argumento de que não há provas suficientes para o decreto condenatório, mantendo-se, na íntegra, a decisão proferida em primeira instância.

DECISÃO

Diante do exposto, decidiu a Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Sérgio Paladino, com voto, e dele participou a Exma. Sra. Desa. Salete Silva Sommariva. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Robison Westphal.

Florianópolis, 15 de abril de 2008.

Irineu João da Silva
RELATOR

Apelação Criminal n. 2008.009481-2, da Capital

Relator: Des. Irineu João da Silva

TRÁFICO DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE, EM ASSOCIAÇÃO (ARTS. 33, *CAPUT*, E 35 DA LEI N. 11.343/06). AUSÊNCIA DE APRESENTAÇÃO DO CD QUE CONTÉM ESCUTA TELEFÔNICA. DESNECESSIDADE. INOCORRÊNCIA DE PREJUÍZO AO RÉU. ILEGALIDADE NA PRODUÇÃO DA PROVA. INTERCEPTAÇÃO QUE OBEDECEU AO TRÂMITE LEGAL EXIGIDO. ELEMENTO QUE SE ACOPLA AO CONJUNTO PROBATÓRIO. EIVAS AFASTADAS.

ART. 33, *CAPUT*, DA LEI DE DROGAS. AUTORIA E MATERIALIDADE QUE DENUNCIAM A INCIDÊNCIA DOS APELANTES NA PRÁTICA DA MERCANCIA. TENTATIVA, DELITO DE MERA CONDUTA QUE SE EXAURE INSTANTANEAMENTE. ABSOLVIÇÃO INVIÁVEL.

ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. CARÁTER PERMANENTE, ESTÁVEL E HABITUAL NÃO DEMONSTRADO OBJETIVAMENTE. IMPOSSIBILIDADE DE DISTINGUIR A CONVERGÊNCIA MOMENTÂNEA DE VONTADES DO *ANIMUS* DURADOURO. ABSOLVIÇÃO DESTA CONDUTA QUE SE IMPÕE.

CAUSA DE ESPECIAL AUMENTO PREVISTA NO INC. III DO ART. 40 DA NOVEL LEGISLAÇÃO. PRÁTICA DA MERCANCIA EM RODOVIÁRIA, QUE NÃO ADIMPLE A PREVISÃO EXPRESSA DO TEXTO DE LEI (“EM TRANSPORTES PÚBLICOS”). AFASTAMENTO DA MAJORAÇÃO.

RECURSOS PARCIALMENTE PROVIDOS.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 2008.009481-2, da comarca da Capital (1ª Vara Criminal), em que são apelantes Marcelo Vieira Francisco e Jeferson José Vieira, e apelada a Justiça Pública, por seu promotor:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, conhecer dos recursos e dar-lhes provimento parcial, para absolver os réus do delito de associação para o tráfico de drogas, com base no art. 386, inc. IV, do Código de Processo Penal, e afastar a incidência da causa de aumento prevista no inc. III do art. 40 da Lei n. 11.343/2006, adequando-se-lhes as penas, nos termos deste acórdão. Custas legais.

RELATÓRIO

O representante do Ministério Público oficiante na comarca da Capital (1ª Vara Criminal) ofereceu denúncia contra Marcelo Vieira Francisco e Jeferson José Vieira, dando-os como incurso nas sanções dos arts. 33, *caput*, e 35, ambos *c/c* o art. 40, incs. III e V, todos da Lei n. 11.343/2006, e art. 1º da Lei n. 2.252/54, pelos seguintes fatos descritos na proemial acusatória (fls. 1-3):

Em meados do ano de 2006, o denunciado Marcelo Vieira Francisco associou-se a um vendedor de drogas do Estado do Mato Grosso do Sul, que usava os ramais telefônicos de números (67) 9254-3444 e (67) 8138-5583, para praticarem o comércio ilícito de entorpecentes. O denunciado Marcelo, que comandava o tráfico de drogas na localidade do “Morro do Mangueirão”, situado no bairro Pantanal, nesta Capital, adquiria substância entorpecente desse vendedor, transacionando com ele por telefone (Marcelo utilizava o telefone n. 48-9978-8153) e efetuando o pagamento via correio ou por depósito bancário. O entorpecente era trazido do Mato Grosso do Sul até esta comarca ou para o município de Balneário Camboriú, de ônibus, utilizando, para tanto, menores de idade, sendo vendido nessas duas cidades. Para a tarefa de buscar as encomendas ilícitas nas rodoviárias eram incumbidos o denunciado Jeferson José Vieira e uma pessoa não identificada, conhecida por “Barão”, os quais aderiram à associação.

No dia 13 de outubro de 2006, por volta das 15h20min, o denunciado Marcelo Vieira Francisco, por meio de seu telefone (48) 9978-8153, ligou para seu “sócio” do Mato Grosso do Sul e adquiriu 16 kg (dezesseis quilos) de *Cannabis sativa Linneu*, erva

vulgarmente conhecida como maconha e causadora de dependência físico-psicológica, conforme a Portaria n. 344/SVS/MS, de 12 de maio de 1998, da Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde, atualizada pela Resolução RDC n. 254/2003. Ficou acertado que um menor seria aliciado para transportar, de ônibus, o entorpecente, daquele Estado até a rodoviária de Balneário Camboriú-SC, local onde a droga seria entregue em torno de 8h do dia 23 de outubro seguinte.

Foi assim que, na data acordada, por volta das 7h20min, o adolescente M. B. chegou, procedente do Mato Grosso do Sul, na rodoviária de Balneário Camboriú—SC, trazendo consigo a droga adquirida por Marcelo, para fornecer a ele e a Jeferson, que, naquele momento, vinham de Florianópolis, em um veículo Fiat Uno, cor branca, placas BRJ-0530, para apanhar a substância entorpecente. O menor se dirigiu à sala de recepção e ficou esperando a chegada dos denunciados (que sabiam que ele estava trajando uma camisa vermelha), quando percebeu a ação dos policiais civis e tentou esconder as caixas que carregava. Nesse momento, os agentes públicos realizaram a apreensão do menor, assim como da droga, que estava escondida dentro de embalagens plásticas de resmas de papel tipo A4 da marca Chamex, totalizando 16 kg (dezesesseis quilos) de maconha adquiridos pelos denunciados, conforme termo de exibição e apreensão de fl. 34 e laudo de constatação de fl. 35. Em seguida, também foram presos os denunciados.

Concluída a instrução criminal, a denúncia foi julgada parcialmente procedente, para condenar Marcelo Vieira Francisco ao cumprimento da pena de 16 (dezesesseis) anos de reclusão, em regime fechado, e pagamento de 1.800 (mil e oitocentos) dias-multa, cada qual no seu valor mínimo legal, e Jeferson José Vieira ao cumprimento da pena de 13 (treze) anos, 2 (dois) meses e 12 (doze) dias de reclusão, em regime fechado, e pagamento de 1.800 (mil e oitocentos) dias-multa, cada qual no seu valor mínimo legal, os dois pela prática dos crimes previstos nos arts. 33, *caput*, e 35, *caput*, ambos da Lei n. 11.343/06, e absolvê-los do delito de corrupção de menores, com fulcro no art. 386, inc. IV, do CPP (fls. 351-365).

Inconformados com a prestação jurisdicional, os acusados apelaram. Jeferson José Vieira postula, em preliminar, o reconhecimento de nulidade absoluta do processo, por ofensa ao princípio do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, sobremaneira pela não-juntada aos autos do CD com as conversas telefônicas que, supostamente, ligam-no ao delito, e pela juntada da degravação sem os cuidados exigidos por lei. No mérito, busca a absolvição, ao argumento de que as provas são frágeis para sustentar o edito condenatório. Além disso, pleiteou a redução da pena aplicada ao mínimo legal, diante do reconhecimento da primariedade (fls. 372-388). Marcelo Vieira Francisco requer a absolvição, por entender que o contexto probatório é meramente indiciário, não permitindo a condenação, e, alternativamente, a redução da pena aplicada ao mínimo legal, afastando-se a majoração por conta da quantidade de droga apreendida, bem como pela incidência do inc. III do art. 40 da Lei de Drogas, que não contempla a apreensão do tóxico “em terminal de ônibus”, e, ainda, desconsiderando-se a associação para o tráfico, que requer permanência e estabilidade, o que não restou comprovado. Por fim, sustenta a desclassificação do delito para a modalidade tentada, aplicando-se a redução máxima, ao argumento de que “a substância sequer chegou na posse do apelante” (fls. 393-408).

Com as contra-razões (fls. 411-421), nesta instância, a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Anselmo Agostinho da Silva, manifestou-se pelo não provimento dos apelos (fls. 433-435).

VOTO

Prima facie, é mister que se enfrentem as preliminares suscitadas por Jeferson José Vieira, o qual pretende ver reconhecida a nulidade do feito, ao argumento de que o princípio da ampla defesa foi ferido, diante da não-juntada do CD que continha conversas telefônicas entre os envolvidos, bem ainda porque a transcrição foi feita sem serem observados os procedimentos legais, o que, a seu juízo, macularia o processamento da lide.

Em que pese sua insurgência, razão assiste ao diligente representante ministerial de primeiro grau, porquanto “é prescindível à condenação dos apelantes a utilização das transcrições das interceptações telefônicas, bastando o auto de prisão em flagrante e os depoimentos prestados na fase policial e judicial” (fl. 413).

Aliás, a esse respeito, por ocasião da sentença, a rebater a eiva, já se manifestou o Togado no sentido de que “referidos elementos não são indispensáveis à apuração da verdade real, uma vez que não figuram isolados nos autos, de sorte que também por esta razão descabe cogitar-se de eventual nulidade” (fl. 354).

Quanto à suposta ocorrência de inobservância de formalidades legais, falece qualquer resquício de razão ao postulante, porque é possível constatar que integra, apenso ao presente feito, incidente de “interceptação telefônica”, nos moldes requeridos por lei, autorizado pelo Juiz da 1ª Vara Criminal desta comarca, o que, por isso, tornou prevento o juízo, não havendo, dessarte, eiva a reparar, pelo que está o processamento judicial íntegro e apto a embasar o exame judicial.

Tratam os autos do delito de tráfico de entorpecentes, em associação, praticado na vigência da nova Lei de Drogas (arts. 33, *caput*, e 35).

A materialidade do crime de tráfico ilícito de entorpecente, imputado aos acusados, restou comprovada pelo auto de exibição e apreensão de fl. 34, e pelos laudos de constatação (fls. 35-39) e pericial, em que os peritos afirmam que a substância apreendida, 10 (dez) pacotes de plástico incolor, com peso bruto total de 15.862,40g (quinze mil oitocentos e sessenta e dois gramas e quarenta centigramas), tratava-se “da erva *Cannabis sativa* Linneu, conhecida, vulgarmente, como maconha” (fls. 153-157).

A autoria ressalta com solar clareza das provas carreadas, sobremaneira da situação flagrancial, que retrata a prática delitiva.

Segundo relato dos policiais civis Clésio de Moraes, Margarete Margarida da Silva e Henrique Andrade Maestri, que prenderam, em flagrante, os recorrentes, há cerca de quinze dias detinham informações que davam conta da mercancia de drogas envolvendo o réu Marcelo Vieira Francisco, e passaram a monitorar as ligações telefônicas originadas de seu aparelho n. (48) 9978-8153. Assim, descobriram que, naquele dia 23 de outubro de 2006, uma pessoa, “trajando calça azul e camisa vermelha, estaria trazendo duas caixas, que seriam entregues a Marcelo e a uma outra pessoa que estaria com ele”, na rodoviária da cidade de Balneário Camboriú. Dessa forma, os três permaneceram no aguardo e, de fato, pessoa com tal descrição – o adolescente M. B., de 15 anos – desembarcou do ônibus, pegou duas caixas e ficou esperando, na sala de recepção da rodoviária; porém, ao desconfiar da presença da polícia, dirigiu-se ao guarda-volumes, onde tentou ocultar os pacotes, quando foi abordado e preso, após ser constatado que, dentro das caixas, havia grande quantidade de maconha. Ato seguinte, permaneceram à espera dos apelantes, e, logo após, chegou o veículo Fiat, cor branca, trazendo Marcelo e Jeferson, e este deixou o carro, vindo ter com o elemento detido, oportunidade em que tanto ele quanto Marcelo foram presos. Por fim, colocados frente a frente, o adolescente confirmou que a droga seria entregue para Marcelo. No mais, os agentes públicos Clésio e Margarete Margarida disseram ter monitorado, pessoalmente, as conversas telefônicas, o que levou ao êxito da operação (fls. 2-7).

Perante o Magistrado, os policiais Clésio e Henrique repisaram os termos de seus relatos (fls. 253-255).

O adolescente M. B., na delegacia, valendo-se de garantia constitucional, permaneceu calado, postergando declarações para a fase judicial (fl. 23). Com ele foi apreendida uma carteira de identidade falsa, em nome de Rogério Luiz Urizar Júnior, nascido em 5-8-1987 (fl. 32).

Os apelantes Jeferson José Vieira e Marcelo Vieira Francisco disseram ao delegado que se dirigiam a Curitiba, quando, ao entrarem em Balneário Camboriú, perderam-se, indo, então, até a rodoviária, buscar informações, quando, ao saltar do veículo, Jeferson foi preso, bem como Marcelo, que permanecia no carro. Negaram que a droga apreendida estivesse para ser entregue a eles, afirmando desconhecem o menor e, ainda, que o número do telefone celular de Marcelo era (48) 9978-8153, exatamente o número que estava sendo objeto de escuta policial (fls. 8-15).

Em defesa preliminar, Jeferson argumentou que convidou seu primo, Marcelo, para ir até Curitiba—PR, ajudá-lo a adquirir peças para um veículo Palio Weekend Stile, que havia comprado batido, anexando recibo de compra e venda em nome de Tânia Maria Vieira Cordeiro, e justificou sua presença na rodoviária dizendo que lá estava “para pedir informações sobre o trajeto”, uma vez que haviam entrado na cidade para fazerem uma pesquisa em “ferros-velhos” e se perderam. No mais, assegurou que o contato com o menor foi “um infortúnio”, pois, na verdade, parou ao seu lado “para lhe perguntar sobre as ruas da cidade” (fls. 133-137).

Já Marcelo limitou-se a negar as condutas ilegais a ele imputadas (fl. 181).

Na fase judicial, a versão do apelante Marcelo, pelas suas contradições em face das manifestações anteriores, demonstrou evidente intuito de escapar ao tributo penal que se avizinha, imputando as acusações à “mera perseguição, que vem sofrendo desde que saiu da prisão”.

Assim, disse ao Juiz que foi casualmente convidado pelo co-réu, que é seu primo, para irem até Balneário Camboriú ou Itapema, com a finalidade de adquirirem peças automotivas e, chegando àquela praia, perderam-se, razão pela qual Jeferson, que conduzia o veículo, parou nas proximidades da rodoviária, “indo em direção a um taxista, para pedir informações”, e, cerca de dois minutos após, foi preso. Falou, ainda, que “o telefone celular n.

9978-8153 não lhe pertence e também não sabe de quem é”, que “assinou o relato que prestou na polícia sem ler”, e, ainda, “que possui um telefone celular cujo número completo não lembra” (fls. 247-248).

Já as explicações do acusado Jeferson, na oportunidade em que foi ouvido pelo Juiz, diferem das do co-réu, pois disse ter ido até Balneário Camboriú adquirir componentes automotivos, com o co-réu Marcelo, “que também precisava adquirir peças”, e, se não encontrassem naquela cidade, iriam até Curitiba—PR. Assim, ao passarem pelo balneário, decidiram entrar e “foram até as proximidades da rodoviária pedir informações sobre ferros-velhos existentes na cidade”, o que foi feito por ele, e, cerca de cinco minutos após sair do veículo, foi preso e conduzido à delegacia. Ao final, assegurou não ter dito à autoridade policial que o telefone celular do co-réu tenha o n. 9978-8153, porquanto não sabe o número completo do aparelho do comparsa (fls. 250-251).

Consta, ainda, de relatório confeccionado pela Central de Polícia e Investigação de Balneário Camboriú que, com o menor, foi encontrado um bilhete com anotações dos telefones (67) 9257-3444 e (67) 8138-5583, e são esses “os números com quem Marcelo Vieira Francisco mantinha contato para o tráfico, fechando, assim, o círculo de relacionamento entre o fornecedor da droga no Estado de Mato Grosso do Sul, o entregador M. B. e os compradores Jeferson e Marcelo” (fls. 64-65). De fato, o bilhete se encontra à fl. 81.

Denilson Ivaldo Ferreira, proprietário do veículo Fiat Uno, usado pelos recorrentes para buscar a droga, em relato pouco consistente, disse ao delegado que emprestou seu carro, em Florianópolis, para que Marcelo fosse “levar seu filho para a creche”, dizendo que “era rapidinho”, e que, logo a seguir, chegou Jeferson, seu primo, alegando que também precisaria do automóvel para ir comprar umas peças para seu pai, saindo os dois juntos, com Jeferson na direção. Disse que, mais tarde, estranhando a demora,

procurou pela esposa de Marcelo, que lhe disse que ambos haviam sido presos em Balneário Camboriú, acusados de tráfico de drogas. Perguntado sobre dissonâncias entre seu relato e os fatos narrados no boletim de ocorrência (fls. 82-83), não soube explicar, assim como afirmou que, em 19-6-2006, foi levado à Polícia Federal por conta de encontro com uma inquilina sua, suspeita de traficar drogas (fls. 84-85).

Ouvido na comarca de Balneário Camboriú, nos Autos de Apuração de Ato Infracional n. 005.06.052458-2, o adolescente M. B. contou à Togada que “sabia que estava cometendo um crime quando trouxe a maconha e que lhe foram oferecidos R\$ 500,00 para trazer a droga”, mas que desconhecia para quem deveria entregá-la, pois recebeu instruções “para chegar na rodoviária vestindo camiseta vermelha e a pessoa iria reconhecê-lo”, bem como, “através de duas caixas de papel ‘Chamex’, onde estava a droga”. Contou, ainda, que recebeu o tóxico em Foz de Iguaçu, de uma pessoa de nome Cláudio, e que comprou o documento de identidade para poder viajar (fls. 268-270).

Por derradeiro, têm-se como eloqüente elemento de prova as declarações de testemunha protegida por provimento judicial que, no bojo de informações sobre o tráfico de drogas na região da Grande Florianópolis, relatou que “fornecia droga para o traficante conhecido como Denilson, o qual pouco contato tinha com a droga, sendo que se limitava apenas a efetuar o pagamento da droga ao depoente, a qual era entregue para um indivíduo conhecido como Anderson, que, segundo soube, trata-se de um primo de Denilson, encarregado de toda a movimentação financeira”, referindo-se, certamente, ao tio do apelante Jeferson. Sobre o réu Marcelo, assegurou a constância da mercancia ilícita, revelando ser ele filho do traficante “Joquinha do Pantanal”, e que, “em uma oportunidade, manteve uma negociação com ele, mas que não se concretizou pois ele achou seu preço muito alto”. Também, de outra feita, “quando não tinha drogas, teve que recorrer a Marcelo para adquirir-las e repassar a outros, tendo adquirido

cocaína, que era muito pura e, que, por isso, era apelidada de ‘boliviana’, mas que Marcelo costuma mesmo é comercializar drogas com o pessoal da Costeira do Pirajubaé, cujo comando é exercido por Sérgio de Souza vulgo ‘Neném da Costeira’” (fls. 303-304).

Neste passo, recolhem-se do caderno processual provas claras e evidências bastantes para arrimar a condenação dos réus.

Por um lado, as conversas telefônicas entre Marcelo e o fornecedor do tóxico deixam clara não somente a conduta ilícita pontual, indicando pormenores da operação, mas, também, a reiteração da prática criminosa, pois é de se constatar que a transcrição de fl. 72 retrata a habitualidade do fornecimento, quando o réu e o fornecedor discutem se o local da entrega é o mesmo “onde pegou a última vez”.

Por outro, os próprios relatos dos apelantes destoam entre si, porquanto, primeiramente, alegaram que iriam a Curitiba—PR, tendo decidido, empós, adentrarem em Balneário Camboriú. Posteriormente, Marcelo justificou que foi “casualmente” convidado pelo primo “para ir a Balneário Camboriú ou Itapema”, e que se perderam ao entrar na cidade, razão pela qual pararam na estação de ônibus, enquanto o comparsa alega que pediu o carro emprestado ao tio e que o cúmplice também tinha interesse em adquirir peças automotivas, e que foram até a rodoviária pedir informações sobre o comércio local.

Não fosse isso, a versão de Denilson, em que pese não se possa descartar o envolvimento dele com os réus, dá conta de que foi Marcelo quem pediu o veículo Fiat Uno para levar o filho à creche e que retornaria em seguida, o que milita em desfavor dos acusados, dando mostras de que as versões visam a acobertar a real finalidade do deslocamento para aquele balneário, comprovadamente o recebimento da carga de tóxicos destinados à comercialização.

Por fim, têm-se os informes de testemunha protegida por provimento judicial, que, detalhando a atuação das gangues encarregadas do comércio de drogas na região da Grande Florianópolis, destacou a ação do recorrente Marcelo na Costeira do Pirajubaé.

Sendo assim, falece de sustentação o argumento de que as provas são frágeis para autorizar o edito condenatório ou de que o contexto probante é meramente indiciário, pois, bem ao contrário, consoante se viu, a polícia monitorou a ação dos réus, mediante escuta autorizada, e logrou prendê-los em flagrante por ocasião da entrega da droga.

Ademais, consoante se constatou nas conversas telefônicas, a prática ilegal estava longe de ser pioneira na vida do réu Marcelo, ainda que esse fato não tenha sido suficientemente demonstrado com relação a Jeferson.

Contudo, de outra parte, não restou esclarecido, à abundância, se os recorrentes participavam de associação permanente, habitual e estável, requisitos indispensáveis à caracterização do delito previsto no art. 35 da nova Lei.

Para evidenciar o caráter associativo da mercancia condenada, explica Jorge Vicente Silva:

Da permanência:

Tal qual ocorria com o art. 14 da antiga lei, para a tipificação da conduta de se associarem mais de duas pessoas visando à prática de crimes definidos na lei ora em estudo, há a necessidade de que essa associação se dê com *animus* de estabilidade entre os associados, e sempre com a finalidade de praticarem crimes.

Não basta a eventual e esporádica união entre duas ou mais pessoas para a prática de crimes, havendo necessidade de que ela tenha desiderato criminoso com vontade associativa previamente acertada entre os agentes, inclusive, no que respeita às condutas que serão praticadas.

Não é necessário que a sociedade esteja formalmente constituída, configurando essa modalidade de tipo penal a simples associação de fato, onde cada agente tem a sua função dentro do grupo.

O *desideratum* associativo deve ser interpretado nos mesmos moldes que se faz em relação às mais diversas sociedades de pessoas que se unem para exercerem determinada atividade, em todos os seus aspectos, sendo que este ramo do direito é o que resolverá questões intrincadas na análise do tipo penal ora em estudo.

Da habitualidade:

Para que se configure esta modalidade de tipo penal, também é imprescindível que haja habitualidade na conduta dos agentes relativamente aos crimes indicados no artigo em comento, não sendo suficiente ações isoladas, ainda que perpetradas em comum acordo entre dois ou mais agentes.

Da estabilidade:

Também é indispensável que a sociedade entre os agentes tenha *animus* de estabilidade e com a finalidade de execução de mais de uma conduta infracional prevista na lei antidrogas, sem que seja direcionada a uma única empreitada criminosa. Assim, por exemplo, quando mais de duas pessoas se associam para praticar um determinado tráfico, ainda que haja associação para a consecução de desiderato, não restará configurado o tipo penal ora em estudo, por faltar a vontade associativa duradoura.

Assim, faltando um destes requisitos (estabilidade, permanência e habitualidade), não se configura a modalidade de crime ora em estudo (*Comentários à nova lei antidrogas: manual prático*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 102-104).

Nesse pensar, impende reconhecer que tais elementos não restaram adequadamente comprovados ao longo da instrução criminal, não logrando o caderno processual demonstrar se os apelantes se vincularam para a prática de apenas um ato de comércio ou se exerciam a mercancia de forma organizada e duradoura.

Assim, mesmo que se tenha identificado um “provedor” da droga, em outro Estado da Federação, e ainda que se possa inferir que tal for-

necimento não tenha sido inaugural, não é possível, com base apenas na reiteração, deduzir, daí, a existência de uma organização prévia, encarregada de, mediante divisão de tarefas, promover o tráfico de substâncias entorpecentes.

É o entendimento pretoriano:

Não basta o simples concurso de agentes, por si só, para caracterizar o delito de associação; mister se faz a existência de um *animus* associativo prévio, sem dúvida uma *societas sceleris*, onde os participantes ajam de modo coeso, numa conjugação de esforços unam suas condutas, embora separando suas funções, circunstâncias que se deve ter como necessária no desenvolvimento desta atividade delituosa, para se atingir o fim colimado pelos associados (FRANCO, Alberto Silva. *Leis penais especiais e sua interpretação jurisprudencial*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. v. 2, p. 1.040-1.041).

Dessarte, não se podendo arrimar em provas concretas a prática do delito de tráfico de entorpecentes de forma permanente, estável e habitual, não exurgindo informações objetivas acerca da divisão de tarefas dentro do grupo e da constância desse proceder, não há manter a condenação dos reincidentes, também, pelo delito ínsito no art. 35 da Lei n. 11.343/2006.

Pretendem, também, os apelantes a redução da pena aplicada ao mínimo legal.

Nesse particular, é mister que se promova adequação da reprimenda aplicada a Jeferson José Vieira.

É que o Togado sentenciante aplicou idêntica dosagem da reprimenda-base aos dois réus, para ambos os delitos, em que pese a nocividade das circunstâncias judiciais seja diversa entre eles.

Assim é que o recorrente Jeferson apresenta um processo contra si, que foi suspenso com fulcro no art. 89 da Lei n. 9.099/95, enquanto Marcelo apresenta quatro registros (fls. 55-57), o que evidencia a necessidade de

individualização da pena, ainda que os demais elementos analisados sejam comuns, inclusive quanto às diretrizes do art. 42 da Lei n. 11.343/06.

Por isso, deve a pena-base, para o delito previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, com relação a Jeferson José Vieira, recuar a 6 (seis) anos de reclusão, e pagamento de 600 (seiscentos) dias-multa, no valor mínimo legal.

Na segunda fase, inexistem, com relação a ele, circunstâncias agravantes ou atenuantes.

Na terceira etapa, nos termos da sentença de primeiro grau, aplicou o Togado duas causas de especial aumento (incs. III e V do art. 40 da Lei n. 11.343/06), majorando a reprimenda em 1/5 (um quinto).

Ocorre que a previsão final do inc. III do art. mencionado – “em transportes públicos” – contempla a gravidade do delito praticado “no interior” desses meios de transporte, e não nas proximidades deles, ou, mesmo, no âmbito da estação rodoviária.

Acerca da majorante, explicam Andrey Borges de Mendonça e Paulo Roberto Galvão de Carvalho:

No interior destes há grande risco de difusão do vício, diante da grande concentração de pessoas que se utilizam diariamente deles para sua locomoção. Cumpre verificar que a causa de aumento de pena se aplica apenas para as infrações praticadas no interior dos transportes públicos e, não, nas suas imediações. Além de o inciso utilizar a expressão “em transporte público”, indicando que o delito deve ser praticado em seu interior, não teria sentido a maior incriminação de crimes praticados nas imediações dos referidos veículos, principalmente, em razão do deslocamento constante destes. Veja que não teria lógica punir um traficante com a pena majorada simplesmente porque em frente a sua “boca de fumo” passa uma linha de ônibus (*Lei de drogas*: lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006, comentada artigo por artigo. São Paulo: Método, 2007. p.143-144).

Ora, quisesse o legislador se referir às estações rodoviárias, ferroviárias, de metrô, aeroportos, portos, dentre outros, tê-los-ia elencado, especificamente, no inc. III em comento.

Não se olvide que a gravidade decorrente do tráfico interestadual já está sendo contemplada no inciso V do citado artigo, e a concreção do delito, praticado fora do local físico apontado – transporte público –, não pode acentuar a reprimenda.

Sendo assim, impende aplicar sobre o *quantum* obtido a fração de 1/6 (um sexto), o que resulta no total de 7 (sete) anos de reclusão e pagamento de 700 (setecentos) dias-multa, no valor mínimo legal.

Quanto ao apelante Marcelo Vieira Francisco, não prospera a sua pretensão de ver a conduta desclassificada para a forma tentada.

Isso porque pouco importa que a substância não tenha ingressado na posse irrestrita do acusado, sendo de remansosa sapiência que “é inadmissível a tentativa quando se trata de crimes da lei de tóxicos, considerados de mera conduta, pois, uma vez evidenciado o começo da execução, já se tem o crime por consumado” (Rev. Crim. n. 2001.018495-8, de Içara, rel. Des. Maurílio Moreira Leite, j. 8-12-2001).

Com relação à dosimetria da pena, não há reparos a se fazer na dosagem da reprimenda basilar, uma vez que o Magistrado *a quo* ponderou, acuradamente, os elementos previstos no art. 59 do CP, em conjunto com a orientação contida no art. 42 da Lei n. 11.343/06, sobretudo a expressiva quantidade de maconha – quase 16 quilos –, que, a teor do dispositivo, deve preponderar sobre os demais elementos, na primeira fase da dosimetria, não havendo falar, então, em suprimir esse dado, conforme pretende o sentenciado.

Entretanto, consoante requerido, há que afastar a incidência do inc. III do art. 40 da Lei de Drogas, pelas razões esposadas preteritamente.

Assim, tomando-se a reprimenda a partir do montante obtido pelo Juiz, na segunda fase dosimétrica – 8 (oito) anos e 6 (seis) meses de reclusão e pagamento de 700 (setecentos) dias-multa –, impõe-se a incidência da fração de 1/6 (um sexto), referente ao transporte interestadual da droga, obtendo-se, dessa maneira, um total de 9 (nove) anos e 11 (onze) meses de reclusão e pagamento de 816 (oitocentos e dezesseis) dias-multa, nos moldes do art. 43 da Lei de Drogas.

DECISÃO

Diante do exposto, decidi a Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, conhecer dos recursos e dar-lhes provimento parcial, para absolver os réus do delito de associação para o tráfico de drogas, com base no art. 386, inc. IV, do Código de Processo Penal, e afastar a incidência da causa de aumento prevista no inc. III do art. 40 da Lei n. 11.343/06, adequando-se-lhes as penas, nos termos deste acórdão.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Sérgio Paladino, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Subst. Tulio Pinheiro. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Anselmo Agostinho da Silva.

Florianópolis, 8 de abril de 2008.

Irineu João da Silva
RELATOR

Apelação Criminal n. 2007.050541-5, de Joinville

Relator: Des. Subst. Tulio Pinheiro

CRIMES CONTRA A LIBERDADE SEXUAL. ATENTADOS VIOLENTOS AO PUDOR, COM VIOLÊNCIA PRESUMIDA. ACUSADA QUE, NA CONDIÇÃO DE AUXILIAR DE EDUCADOR DE UMA CRECHE MUNICIPAL, ABUSAVA SEXUALMENTE DAS VÍTIMAS, QUE POSSUÍAM, À ÉPOCA DOS FATOS, ENTRE 2 E 3 ANOS. RECURSO DA DEFESA. PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO POR AUSÊNCIA DE PROVAS. INVIABILIDADE. INDÍCIOS E CIRCUNSTÂNCIAS QUE CONVENCEM ACERCA DA AUTORIA E MATERIALIDADE DELITIVAS. DECLARAÇÕES SEGURAS E COERENTES DAS OFENDIDAS. DEPOIMENTOS EM HARMONIA COM AS DEMAIS PROVAS ANGARIADAS NO PROCESSADO. ELEMENTOS PROBANTES SUFICIENTES PARA DAR SUPORTE AO DECRETO CONDENATÓRIO.

Nos crimes contra os costumes, geralmente cometidos na clandestinidade, os depoimentos testemunhais da vítima, quando claros, coerentes e harmônicos, com apoio nos autos, são bastantes para embasar o decreto condenatório, independentemente da presença de vestígios no exame pericial.

DOSIMETRIA. TERCEIRA FASE. MAJORANTE PREVISTA NO ART. 226, INC. II, DO ESTATUTO REPRESSIVO CORRETAMENTE RECONHECIDA. RÉ QUE POR FORÇA DO PRÓPRIO OFÍCIO TINHA A GUARDA DAS VÍTIMAS, EXERCENDO SOBRE ELAS AUTORIDADE. APLICAÇÃO DA CONTINUIDADE DELITIVA ESPECÍFICA APROPRIADA. PATAMAR DE AUMENTO, NO ENTANTO, EXACERBADO. REDUÇÃO PARA METADE QUE SE IMPÕE. REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA INTEGRALMENTE FECHADO. DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALI-

DADE DO § 1º DO ART. 2º DA LEI N. 8.072/90 EM DECISÃO PROFERIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. EDIÇÃO, ADEMAIS, DA LEI N. 11.464/07, ALTERADORA DA LEI N. 8.072/90, QUE EXPRESSAMENTE CONFERIU A POSSIBILIDADE DE PROGRESSÃO DE REGIME AOS CRIMES HEDIONDOS OU EQUIPARADOS. AUMENTO DO PERÍODO DE CUMPRIMENTO DE PENA PARA CONCESSÃO DA BENESSE, TODAVIA, INAPLICÁVEL AOS FATOS TÍPICOS OCORRIDOS ANTERIORMENTE À SUA VIGÊNCIA. EXTIRPAÇÃO DA VEDAÇÃO OPERADA NO *DECISUM*. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 2007.050541-5, da comarca de Joinville (3ª Vara Criminal), em que é apelante Maria Cristina Maiorino de Moraes e apelada a Justiça, por seu Promotor:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso para fixar a pena corpórea em 11 (onze) anos e 3 (três) meses de reclusão, em regime inicial fechado, mantidas as demais cominações do *decisum* combatido. Custas legais.

RELATÓRIO

Na comarca de Joinville (3ª Vara Criminal), Maria Cristina Maiorino de Moraes foi denunciada pela prática dos crimes descritos no art. 214, *caput*, c/c o art. 224, *a*, e art. 71, todos do Código Penal, em relação à vítima L.C.B., e no art. 214, *caput* c/c o art. 224, *a*, e art. 71, todos do Estatuto Repressivo, relativamente à ofendida G.M., ambos em concurso material, descrevendo a peça inaugural os fatos da seguinte forma:

Que, desde fevereiro até meados do mês de abril deste ano de 2003, a denunciada, que exerce suas funções de auxiliar de educadora na Creche Municipal Ceri Ponte Serrada, situada na rua Ponte Serrada, Comasa do Boa Vista, nesta cidade, aproveitando-se das situações

nas quais ficava sozinha com as crianças, coincidente com os horários destinados ao sono destas, o que ocorria por aproximadamente quarenta e cinco minutos por dia, praticou, por várias vezes, atos libidinosos diversos da conjunção carnal, com violência presumida, na menor [L.C.B.] de apenas dois anos e oito meses de idade, sendo que a denunciada agia sempre de forma similar, ou seja, esperava as demais crianças dormirem, onde tirava a roupa da menor [L.] e dizia para a menor que iria fazer cócegas, onde passava a língua e os dedos no órgão genital da criança para satisfação da própria lascívia.

Ademais, no mesmo período e local acima mencionados a denunciada para satisfazer sua lascívia praticava atos libidinosos diversos da conjunção carnal com violência presumida, na menor [G.M.] de três anos de idade, onde esses atos se constituíam em passar a língua e o dedo no órgão genital da criança, bem como também apertava com os dedos o órgão genital da menina, demonstrado pela menor em seu depoimento de fls. 15, "que tia Cris queria matar bichinhos". Tal fato ocorreu por diversas vezes. (fls. 2-3 – *sic*).

Concluída a instrução criminal, a Magistrada julgou procedente a denúncia para condenar Maria Cristina Maiorino de Moraes à pena de 15 (quinze) anos de reclusão, em regime integralmente fechado. Declarou, ainda, a perda do cargo, na forma do art. 92, inc.I, *a*, do Estatuto Repressivo.

Irresignada com a prestação jurisdicional, a ré, por intermédio de seu defensor, interpôs recurso de apelação. Postulou a absolvição por ausência de provas ou, ainda, a aplicação do princípio *in dubio pro reo*. Sucessivamente, requereu a redução da sanção fixada e a exclusão do aumento de pena previsto no art. 226, inc. II, do Código Penal, alegando, neste tocante, que a Juíza sentenciante não o fundamentou. Postulou, outrossim, o afastamento da continuidade delitiva específica, ao argumento de que tal majorante só pode ser reconhecida em caso de violência real, e a fixação do regime inicial fechado para o cumprimento da pena.

Contra-arrazoado o recurso, ascenderam os autos a esta Corte, oportunidade em que a douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo conhecimento e não provimento do apelo.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto por Maria Cristina Maiorino de Moraes contra a decisão que a condenou pela prática de atentados violentos ao pudor em continuidade delitiva.

Busca a apelante, de início, a absolvição, alegando, em síntese, a ausência de elementos suficientes a sustentar o decreto condenatório. Entretanto, pelo que se pode verificar dos autos, não merece acolhida o pleito.

1. Do crime de atentado violento ao pudor, com violência presumida, em relação a L.C.B. (art. 214 c/c o art. 224, a, ambos do Código Penal)

A materialidade delitiva, ao contrário do sustentado pela defesa, encontra-se estampada nas provas testemunhais, máxime nas declarações da ofendida (fls. 9 e 51).

Registre-se que, em se tratando de crime de atentado violento ao pudor, delito que na maioria das vezes não deixa vestígios, a materialidade é apurada por prova testemunhal, principalmente apoiada nas palavras da vítima, razão pela qual não tem nenhuma relevância o fato de o exame de corpo de delito realizado na vítima não ter atestado a ocorrência de lesão.

Como ensina Julio Fabbrini Mirabete, "O atentado violento ao pudor não é crime que necessariamente deixa vestígios, podendo ser comprovado por qualquer elemento probatório, com relevância para a palavra da vítima, prescindido-se do exame pericial" (*Código penal interpretado*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 1.550).

Esse é o entendimento desta Corte, consoante se verifica, a título de exemplificação, nos julgamentos das Apelações Criminais n. 2005.026886-5, de Brusque, rel. Des. Amaral e Silva; n. 2004.016647-8, de São Carlos, rel. Juiz Jânio Machado; e n. 2003.005507-0, de Campos Novos, rel. Des. Solon d'Eça Neves.

A autoria, igualmente, nada obstante a acusada, em Juízo (fls. 34-35), tenha negado a prática da conduta que lhe foi imputada, restou suficientemente comprovada pelos depoimentos colhidos ao longo da instrução criminal.

A infante, na delegacia de polícia (fl. 9), esclareceu que a acusada "passou a língua e o dedo em sua pepeca".

Sob o crivo do contraditório (fl. 51), no entanto, L. ficou constrangida e afirmou que não gostaria de falar sobre as atitudes da "Tia Cris".

Por seu turno, a genitora da ofendida, perante a autoridade judicial, aduziu que sua filha confirmou os abusos praticados pela acusada, consistentes em passar a mão em seu órgão genital, bem como na prática de sexo oral, *verbis*:

Que percebia que sua filha vivia com a vagina assada, mas acreditava que era porque a mesma brincava na areia; que chegou o momento que estava tão assada que se negava a fazer xixi; que a depoente a levou no médico e este não constatou nenhuma doença; que a depoente foi até a farmácia e comprou pomada para assadura; que ao tentar passar a pomada em sua filha, esta perguntou: "a mãe vai fazer cóceguinhas na pepeca?"; que a depoente explicou que não era lugar de fazer cócegas; que a menina então disse que a tia Cris fazia; que a mãe perguntou como a tia Cris fazia cócegas e ela respondeu que era com a língua e com o dedo, dizendo ainda que com o dedo doía, mas com a língua não; que a menina, ao explicar, fazia todos os gestos, abrindo as pernas, colocando a língua para fora e colocando o dedo na vagina; [...] que sua filha a primeira vez que contou para depoente do ocorrido, mencionou que a tia Cris fazia também com

a G., que sua filha contou que tudo acontecia na hora do soninho, enquanto ela dormia (fls. 52-53 – *sic*).

Amparando a versão acusatória está o testemunho judicial da menor G.M.:

a princípio, que a tia Cris mexia no joelho e na perna; que em seguida, perguntada se a tia Cris mexia na "pepeca", disse que sim; que demonstrou com o dedo o que a tia Cris fazia; que perguntada se tia Cris fazia o mesmo com outras crianças respondeu que fazia com L. (fl. 50).

A confirmar o depoimento suso transcrito estão as palavras judiciais de C. P. (fls. 54-55), mãe de G. M., esclarecendo que a menor certificou que a acusada fazia "cócegas" na vagina de L.

Sem destoar, Tanara Regina Hofmann, diretora da creche onde os fatos ocorreram, atestou: "que estava presente quando viu a menina contar para mãe que 'a tia Cris mexia com a pepeca dela, que com o dedo doía e com a língua não'" (fls. 63-64).

Tem-se, ainda, a corroborar a versão da acusação, o parecer psicológico realizado na Delegacia de Polícia de Proteção à Mulher, Criança e Adolescente pela psicóloga Darlene Lúcia Flith (fls. 20-21), relatando que a infante contou de forma clara que a "Tia Cris" fazia "cócegas" em sua vagina.

Impende elucidar, por oportuno, que, ao contrário do alegado nas razões recursais, o parecer psicológico feito na delegacia de polícia é válido, porquanto, nada obstante tenha sido realizado na fase indiciária e por apenas um profissional da área, está respaldado pelos demais elementos probatórios reproduzidos em Juízo, de modo que não enseja nenhuma nulidade.

Do contexto probatório acostado aos autos, portanto, verifica-se que a simples negativa da acusada, desacompanhada de qualquer substrato

probante, sucumbe às declarações fornecidas extrajudicialmente pela vítima, que, ressalta-se, estão amparadas pelas demais provas existentes no processado, inclusive aquelas produzidas sob o crivo do contraditório.

Registra-se, outrossim, que, nos casos como o em tela, tem-se que “As palavras de vítima criança quando não afrontam a prova, encontrando razoável ressonância no contexto probatório, devem ser consideradas como expressão da verdade, podendo servir fielmente de lastro no embasamento de decisão condenatória” (Ap. Crim. n. 2002.008153-7, de Correia Pinto, rel. Des. Solon d'Eça Neves).

Aliás, como bem elucidou a Togada, Dra. Tiane Lohn, a fragilidade do testemunho judicial da infante é compensada pelo restante do contexto produzido nos autos, e é insuficiente portanto para afastar a condenação.

Ademais, não há no processo nenhum elemento a sugerir a existência de algum motivo para que fosse indevidamente imputada à ré a autoria do crime em comento.

Destarte, mantém-se a condenação.

2. Do crime de atentado violento ao pudor, com violência presumida, em relação a G.M. (art. 214 c/c o art. 224, a, ambos do Código Penal)

A materialidade delitiva, malgrado a inexistência de exame pericial, encontra-se estampada nas provas testemunhais, especialmente nos depoimentos da vítima (fls. 18 e 49). Nesse sentido, *vide*: Apelações Criminais n. 2005.026886-5, de Brusque, rel. Des. Amaral e Silva; n. 2004.016647-8, de São Carlos, rel. Juiz Jânio Machado; e n. 2003.005507-0, de Campos Novos, rel. Des. Solon d'Eça Neves.

A autoria, do mesmo modo, em que pese tenha sido negada pela apelante (fls. 34-35), restou incontestada.

De início, tem-se o depoimento judicial da vítima, que, ao contrário do alegado no apelo, minuciosamente esclareceu o procedimento seqüencial dos fatos, declarando, com riqueza de detalhes: “a princípio, que a tia Cris mexia no joelho e na perna; que em seguida, perguntada se a tia Cris mexia na ‘pepeca’, disse que sim; que demonstrou com o dedo o que a tia Cris fazia” (fl. 50).

É de salientar que nos crimes dessa natureza, consoante já esclarecido, praticados normalmente de maneira ardilosa, sem testemunha, a declaração da vítima apresenta extrema relevância e alto valor probatório, de modo que, em harmonia com os demais elementos constituídos no processo, autoriza a prolação da sentença condenatória.

E, na hipótese em comento, os testemunhos de G.M. não discrepam do material emergente dos autos.

Sem destoar, C. P., genitora da infante, na fase investigativa, asseverou:

Que somente ontem tomou conhecimento dos fatos, primeiramente quando do recebimento da intimação para comparecer nesta especializada, depois questionou a menor a qual lhe confirmou dizendo que a tia Cris fazia cócegas nas coxas e depois apertava na "pepeca" com o dedos; Que a menor também comentou que doía (fl. 17).

Sob o crivo do contraditório, C. ratificou seu testemunho extrajudicial, salientando que “perguntou para sua filha e esta respondeu que a tia Cris pegava em sua perna, ia apertando e tirava bichinhos da ‘pepeca’” (fls. 54-55).

Anote-se, ainda, que as circunstâncias relatadas vão ao encontro do depoimento judicial da mãe da infante L., M. P., a qual declarou, em Juízo (fls. 52-53), que sua filha, na oportunidade em que lhe contou os abusos que sofria por parte de Maria, mencionou que G. também era submetida a tais violências.

Presente nos autos, ainda, a confirmar a versão da acusação, o parecer psicológico realizado na Delegacia de Polícia de Proteção à Mulher, Criança e Adolescente pela psicóloga Rosângela T. Gomes (fl. 22), expondo que a ofendida possui comportamentos agressivos e temerosos em relação à ré.

Tal parecer, como elucidado linhas acima, nada obstante tenha sido realizado na fase indiciária e por apenas um profissional da área, é elemento de prova válido, e ainda foi confirmado pelas provas judiciais, de modo que não enseja nenhuma nulidade.

Assim sendo, tem-se que a simples negativa da acusada, desacompanhada de qualquer substrato probante, sucumbe às declarações incisivas e harmônicas fornecidas pela ofendida, que, ressalta-se, estão amparadas pelas demais provas existentes no processado.

Aliás, não há no processado nenhum elemento indicador de que o acontecido foi fruto de invenções da menor, nem mesmo de que houvesse algum motivo para tanto, de modo que a materialidade e a autoria estão sobejamente demonstradas, amoldando-se a conduta da apelante ao tipificado no art. 214 do Código Penal.

Diante do exposto, não resta dúvida de que as condutas descritas na denúncia se sustentam com clareza, coerência e harmonia, consoante as provas acostadas aos autos, as quais, ao contrário do aduzido no apelo, são suficientes para embasar a condenação, pelo que é inacolhível o pleito absolutório.

3. Dosimetria

Quanto à pena aplicada, assiste, em parte, razão à apelante, que a considera elevada.

Na primeira fase, a Magistrada, analisando o art. 59 do Código Penal, considerou todas as circunstâncias judiciais favoráveis à ré, razão

pela qual fixou a pena-base no mínimo legal, qual seja, 6 (seis) anos de reclusão, para cada crime.

Na segunda fase, inexistentes agravantes e atenuantes, as reprimendas permaneceram inalteradas.

Na etapa derradeira, ausentes causas de especial diminuição de pena e presente a causa de aumento prevista no art. 226, II, do Estatuto Repressivo, conserva-se o aumento de 1/4 (um quarto), efetuado pela Juíza de primeiro grau, restando a pena em 7 (sete) anos e 6 (seis) meses de reclusão, com relação a cada um dos ilícitos.

Isso porque, diversamente do que sustenta a defesa, o fato de a apelante ser auxiliar de educador não afasta a majorante em comento, mas, pelo contrário, a corrobora, porquanto é lógico que Maria Cristina, sendo responsável pela educação das ofendidas por força do próprio ofício, tinha as duas sob sua guarda, exercendo sobre elas autoridade.

Colhe-se da jurisprudência:

PENAL E PROCESSUAL – TENTATIVA DE ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR [...] AGENTE QUE EXERCIA GUARDA DA MENOR ENQUANTO A MÃE TRABALHAVA – AUMENTO DA PENA PELA QUALIDADE DO AGENTE CARACTERIZADO – RECURSO DESPROVIDO.

[...] Se submete ao aumento de pena do artigo 226, II, do Código Repressivo o agente que, por qualquer título, exerce autoridade sobre a vítima, principalmente que a tenha sob sua guarda e responsabilidade (Ap. Crim. n. 2006.036342-9, de Pinhalzinho, rel. Des. Amaral e Silva).

Registra-se, outrossim, como bem elucidou o representante do *Parquet*, nas contra-razões, que a aplicação da causa de aumento em questão foi devidamente fundamentada pela Togada, a qual asseverou:

Por derradeiro, acredito deva ser reconhecida a causa de aumento constante do art. 226, II, do CP, vez que a acusada se prevaleceu da

autoridade decorrente de sua condição de professora para praticar o delito. [...]

Desta forma, visualizo, no caso, a utilização pela ré do poder que exercia sobre as vítimas, poder este que decorria de sua condição de professora, para praticar o delito (fl. 210).

Ainda, na terceira fase, nada obstante o correto reconhecimento da continuidade delitiva específica contra vítimas diferentes pela Juíza de primeiro grau, faz-se mister adequar a majoração da sanção para 1/2 (metade), considerando que as circunstâncias judiciais do art. 59 do Estatuto Repressivo, o número de vítimas – duas – e a forma como os delitos ocorreram – com violência presumida, justificam tal patamar de aumento, restando a pena definitivamente aplicada em 11 (onze) anos e 3 (três) meses de reclusão.

Neste ponto, impende elucidar que não prospera o pedido de afastamento da continuidade delitiva específica, pois o fato de os delitos em comento terem ocorrido mediante violência presumida não impossibilita o emprego do disposto no parágrafo único do artigo 71 do Código Penal.

Esta Corte já decidiu:

[...] "Provado que o réu constrangeu duas menores impúberes, mediante violência ficta, a com ele manter vários atos libidinosos diversos da conjunção carnal, agindo sempre do mesmo modo, no mesmo local, com o emprego de meios semelhantes, em curto espaço temporal, deve ser reconhecida a continuidade delitiva, com o aumento previsto no parágrafo único do art. 71, do Código Penal, sobre um só dos crimes" (RDJ 43/226) (Ap. Crim. n. 2002.019233-9, Balneário Camboriú, rel. Des. Maurílio Moreira Leite).

Do mesmo modo, sem razão a defesa quando alega que o reconhecimento da continuidade delitiva não possui correlação com o pórtico inaugural, pois neste tal circunstância foi devidamente descrita.

De outro vértice, no que tange ao regime de cumprimento da reprimenda imposta, disposto no decreto condenatório como integralmente fechado, há que proceder a um reparo.

Isso porque o Supremo Tribunal Federal, a quem compete, essencialmente, a guarda da Constituição Federal, pôs fim ao impasse, que era objeto de grande dissensão na doutrina e jurisprudência pátria, relativamente à constitucionalidade ou não do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90, cuja dicção impõe o resgate integral da pena em regime fechado para as hipóteses de crime hediondo ou equiparado.

Em decisão proferida em 23-2-2006, no julgamento do *Habeas Corpus* n. 82.959, da relatoria do Ministro Marco Aurélio, mudou seu posicionamento anterior, que se pautava na constitucionalidade do dispositivo retrocitado, declarando que o preceito que estabelece o regime de cumprimento de pena integralmente fechado para os agentes que forem condenados por crimes hediondos ou equiparados é incompatível com a atual Constituição Federal.

Com um total de seis votos a cinco, a colenda Corte entendeu que a impossibilidade de progressão do regime prisional nos delitos hediondos e equiparados ofende diretamente a garantia constitucional da individualização da pena, porquanto impede que o aplicador do direito, apreciando os requisitos legais exigíveis, particularize, caso a caso, a reprimenda do condenado na fase da execução penal.

Desse modo, afastada pelo Supremo Tribunal Federal, por inconstitucional, a proibição contida no art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90, é imperioso declarar-se a possibilidade da concessão do benefício da progressão de regime também às hipóteses de crime hediondo e equiparados, desde que o juízo da execução verifique estarem presentes os requisitos legais objetivos e subjetivos elencados nos arts. 33 do Código Penal e 112 da Lei de Execução Penal.

Releva anotar que a Lei n. 11.464, vigente desde 29 de março de 2007 e alteradora da Lei n. 8.072/90, expressamente conferiu a possibilidade de progressão de regime aos crimes hediondos ou equiparados, após o cumprimento, pelo apenado, de 2/5 (dois quintos) da reprimenda, se primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente, ressaltando-se, entretanto, que esses índices fracionários não se aplicam aos fatos praticados anteriormente à vigência da referida norma, porquanto em evidente prejuízo à ré.

A propósito, leciona Luiz Flávio Gomes:

Crimes ocorridos a partir do dia 29 de março de 2007: a Lei n. 11.464/07 foi publicada dia 29 de março de 2007. Entrou em vigor nessa mesma data. Cuidando-se de norma processual penal com reflexos penais, em sua parte prejudicial (*novatio legis in peius*) só vale para delitos ocorridos de 29 de março de 2007 em diante. Em outras palavras: o tempo diferenciado de cumprimento da pena para o efeito da progressão (dois quintos ou três quintos) só tem incidência nos crimes praticados a partir do primeiro segundo do dia 29 de março de 2007. Na prática, isso significava o seguinte: o parágrafo 1º citado continuava vigente, mas já não era válido. Os juízes e tribunais constitucionalistas já admitiam a progressão de regime nos crimes hediondos, mesmo antes do advento da Lei n. 11.464/07.

Retroatividade da parte benéfica da nova lei: a lei que acaba de ser mencionada passou a (expressamente) admitir a progressão de regime nos crimes hediondos e equiparados. Nessa parte, como se vê, é uma lei retroativa (porque benéfica). Desse modo, todos os crimes citados passam a admitir progressão de regime (os posteriores e os anteriores à lei nova). Até mesmo os legalistas veriam absurdo incomensurável na impossibilidade de progressão de regime nos crimes anteriores. Quando uma lei nova traz algum benefício para o réu, ela é retroativa.

Mas qual é o tempo de cumprimento de pena em relação a esses crimes ocorridos antes da lei nova? Só pode ser o geral (LEP, artigo 112, um sexto). Não se pode fazer retroagir a parte maléfica da lei nova (que exige maior tempo de cumprimento da pena para o efeito da progressão). (Disponível em: <http://ultimainstancia.uol.com.br/colunas/ler_noticia.php?idNoticia=36835>).

Destarte, a fim de bem adequar o presente feito, modifica-se o regime de cumprimento de pena, de integralmente fechado para inicialmente fechado.

DECISÃO

Ante o exposto, dá-se parcial provimento ao recurso para fixar a pena corpórea em 11 (onze) anos e 3 (três) meses de reclusão, em regime inicial fechado, mantidas as demais cominações do *decisum* combatido.

O julgamento, realizado no dia 29 de abril de 2008, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Sérgio Paladino, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Irineu João da Silva.

Florianópolis, 29 de abril de 2008.

Tulio Pinheiro
RELATOR

Apelação Criminal n. 2008.002566-6, de Lages

Relator: Des. Subst. Tulio Pinheiro

APELAÇÃO CRIMINAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. ROUBO E LATROCÍNIO, EM CONCURSO MATERIAL. RECURSOS DEFENSIVOS. PREFACIAIS DE NULIDADE DO PROCESSO PELA INOBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. INVIABILIDADE. APREENSÃO DO INSTRUMENTO BÉLICO QUE É PRECINDÍVEL PARA A CARACTERIZAÇÃO DA CIRCUNSTÂNCIA PREVISTA NO ART. 157, § 2º, INCISO I, DO CÓDIGO PENAL. REALIZAÇÃO DE EXAME TOXICOLÓGICO E DE ACAREAÇÃO QUE CORRESPONDEM A ATO DISCRICIONÁRIO DO JULGADOR, PAUTADOS PELO INTERESSE, NECESSIDADE E CONVENIÊNCIA DA MEDIDA NO CASO CONCRETO. INSTRUÇÃO QUE, ADEMAIS, JÁ ESTAVA ULTIMADA NA OCASIÃO DAS POSTULAÇÕES, E, POR TAL RAZÃO, OS PEDIDOS FOI ATINGIDO PELA PRECLUSÃO. INOCORRÊNCIA, TAMBÉM, DA DEMONSTRAÇÃO DO PREJUÍZO. AVENTADA AFRONTA AO PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL SOB O ARGUMENTO DE QUE O TOGADO DEFERIU REQUERIMENTO MINISTERIAL APÓS O TÉRMINO DA FASE DO ART. 499. INSUBSISTÊNCIA. PROMOTOR DE JUSTIÇA QUE APENAS FEZ MERA REFERÊNCIA A PLEITO REQUERIDO PELA AUTORIDADE POLICIAL, MAS QUE NÃO TINHA SIDO EXAMINADO EM OPORTUNIDADE ANTERIOR. ÓRGÃO JULGADOR QUE, ADEMAIS, DETÉM PLENA FACULDADE DE PRODUZIR AS PROVAS QUE MELHOR ENTENDER PARA A BUSCA DA VERDADE REAL. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 156 E 502 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. SÚPLICA DE NULIDADE DA SENTENÇA EMBASADA NA OMISSÃO QUANTO AO RECONHECIMENTO DA ATENUANTE DA MENORIDADE.

IMPROCEDÊNCIA. VÍCIO QUE PODE SER SANADO NESTE GRAU DE JURISDIÇÃO. PRECEDENTES DESTA CORTE. PROEMIAIS REPELIDAS.

MÉRITO. AGENTES QUE COOPTAM MENOR INIMPUTÁVEL PARA A PRÁTICA DE ASSALTOS A ESTABELECIMENTOS COMERCIAIS, FORNECENDO-LHE, ALÉM DE DROGAS PARA "ENCORAJAR" SUA AÇÃO, VESTIMENTAS, ARMAS DE FOGO, TRANSPORTE E FUGA AOS DOIS LOCAIS DOS CRIMES, DE ONDE FORAM SUBTRAÍDOS DINHEIRO, E NUM DELES FOI ASSASSINADA, COM UM DISPARO DE ARMA DE FOGO, A VÍTIMA. ALMEJADA ABSOLVIÇÃO DOS TRÊS ACUSADOS POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. MATERIALIDADE, AUTORIA E OCORRÊNCIA DOS CRIMES DEVIDAMENTE ANCORADAS NO CONJUNTO PROBATÓRIO AMEALHADO NOS AUTOS. DECLARAÇÕES DO MENOR INFRATOR, DE TESTEMUNHAS, DAS VÍTIMAS E DE UM DOS CO-RÉUS QUE FORNECEM A CERTEZA NECESSÁRIA DO PLANO ARQUITETADO PELOS ACUSADOS PARA A PERPETRAÇÃO DOS DELITOS CONTRA O PATRIMÔNIO. PRETENDIDA APLICAÇÃO DAS FIGURAS ESTATUÍDAS NO ART. 29, §§ 1º (PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA) E 2º (COOPERAÇÃO DOLOSAMENTE DISTINTA), DO CÓDIGO PENAL. INADMISSIBILIDADE. AGENTES QUE PARTICIPARAM ATIVAMENTE DA PRÁTICA DELINQUENCIAL, MONITORANDO E ASSUMINDO OS RISCOS, INCLUSIVE DO RESULTADO MAIS GRAVE, QUAL SEJA, A MORTE DE UM DOS OFENDIDOS. APLICAÇÃO DA CONTINUIDADE DELITIVA ENTRE OS DELITOS DE ROUBO E LATROCÍNIO. INCOGITABILIDADE. INFRAÇÕES DE MESMO GÊNERO, MAS DE ESPÉCIES DIFERENTES. PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. DESCLASSIFICAÇÃO DO ROUBO CIRCUNSTANCIADO PARA A MODALIDADE PREVISTA NO *CAPUT*. IRREALIZABI-

LIDADE. EMPREGO DE ARMA DE FOGO E CONCURSO DE PESSOAS AMPLAMENTE DEMONSTRADOS PELOS DEPOIMENTOS TESTEMUNHAIS. CONDENAÇÕES MANTIDAS.

DOSIMETRIA. PLEITEADA DIMINUIÇÃO DA PENA DE UM DOS ACUSADOS. POSSIBILIDADE, TÃO-SOMENTE, EM FACE DA RECOGNIÇÃO DA ATENUANTE GENÉRICA DA MENORIDADE. ADEQUAÇÃO DA PENA QUE SE IMPÕE. NECESSIDADE, OUTROSSIM, DE RECONHECIMENTO, DE OFÍCIO, DA ALUDIDA MINORANTE AOS DEMAIS RÉUS, UMA VEZ QUE TAMBÉM ERAM MENORES DE VINTE E UM ANOS DE IDADE À ÉPOCA DA INFRAÇÃO, BEM COMO DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA DE UM DOS SENTENCIADOS, SEM QUE, CONTUDO, HAJA REFLEXOS EM SUAS RESPECTIVAS REPRIMENDAS, POR SER VEDADA, NA SEGUNDA FASE DOSIMÉTRICA, A APLICAÇÃO DA SANÇÃO BASILAR ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA 231 DO TRIBUNAL DA CIDADANIA.

RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. REQUERIDA CONDENAÇÃO DOS ACUSADOS PELA PRÁTICA DO DELITO DESCRITO NO ART. 288, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO PENAL (QUADRILHA OU BANDO ARMADO). DESCABIMENTO. AUSÊNCIA DE PROVAS DE QUE O ADOLESCENTE INFRATOR ESTIVESSE PREVIAMENTE ASSOCIADO COM OS DEMAIS RÉUS PARA A PRÁTICA DE DELITOS. NÚMERO MÍNIMO DE QUATRO PESSOAS PARA A TIPIFICAÇÃO PENAL NÃO CONFIGURADO.

DOSIMETRIA. POSTULADA MAJORAÇÃO DA PENA DO CRIME DE ROUBO, POR SEREM DUAS AS CAUSAS DE ESPECIAL AUMENTO DE PENA. MAGISTRADO QUE INCREMENTOU A PENA EM APENAS 1/3 (UM TERÇO). NECESSIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA ALUDIDA FRAÇÃO PELO ACRÉSCIMO DE 3/8 (TRÊS OITAVOS). PRECEDEN-

TES DESTE AREÓPAGO. MAJORAÇÃO DAS PENAS QUE SE IMPÕE.

PLEITEADA IMPOSIÇÃO DA PENA ACESSÓRIA DE INABILITAÇÃO PARA DIRIGIR VEÍCULO AUTOMOTOR AO ACUSADO RESPONSÁVEL PELO TRANSPORTE E FUGA DOS LOCAIS DOS CRIMES (ART. 92, INCISO III, DO CÓDIGO PENAL). IMPROPRIEDADE. MOTOCICLETA QUE NÃO SERVIU DE INSTRUMENTO PARA A EXECUÇÃO DOS CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO, SENDO MERO OBJETO CIRCUNSTANCIAL DOS FATOS TÍPICOS.

APELOS DE UM DOS ACUSADOS E DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARCIALMENTE PROVIDOS.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 2008.002566-6, da comarca de Lages (3ª Vara Criminal), em que são apelantes e apelados a Justiça, por seu Promotor, e Mayckon Neto e outros:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por unanimidade, dar parcial provimento aos apelos do Ministério Público e do réu Samuel dos Santos, adequando-se as reprimendas impostas a todos os acusados. Custas legais.

RELATÓRIO

No Juízo da 3ª Vara Criminal da comarca de Lages, Alexandre Correa Pedroso, Samuel dos Santos e Mayckon Neto foram denunciados como incurso nas sanções do art. 157, § 2º, incs. I e II, do art. 157, § 3º, *in fine*, c/c § 2º, incs. I e II, e do art. 288, parágrafo único, todos do Código Penal, na forma do art. 69 do mesmo Diploma Repressivo, pela prática das seguintes condutas delitivas, assim narradas na exordial acusatória:

[...] I – DA FORMAÇÃO DE QUADRILHA:

Os denunciados ALEXANDRE CORREA PEDROSO, vulgo "Grego" ou "Alex", SAMUEL DOS SANTOS, vulgo "Muca" ou

"Samuca", MAYCKON NETO, vulgo "Da Rua" e mais o adolescente inimputável J. R. M., vulgo "Ligeirinho", com 16 anos de idade, se associaram de forma estável, organizada, permanente e determinada, com o fim de cometerem reiteradamente crimes, em especial aqueles descritos na legislação penal como contra o patrimônio alheio, inclusive com a utilização de violência e ameaça.

O denunciado MAYCKON NETO, vulgo "Da Rua", mentor intelectual dos crimes, passou a efetuar o levantamento dos melhores estabelecimentos comerciais e a planejar com antecedência as práticas delituosas a serem cometidas.

Por sua vez, o denunciado ALEXANDRE CORREA PEDROSO, vulgo "Alex" ou "Grego", era encarregado de transportar com uma motocicleta o executor (J. R. M.) até o local dos crimes, além de auxiliar na fuga após o cometimento dos mesmos.

Consta ainda que o denunciado SAMUEL DOS SANTOS, vulgo "Samuca" ou "Muca", fornecia armas e as roupas utilizadas nos crimes pelo adolescente J. R. M., vulgo "Ligeirinho".

Assim, movidos por este *animus* associativo prévio, ou seja, com preordenação dolosa, com conjugação de esforços de forma coesa, cada qual com uma função previamente determinada, os denunciados e o menor referido passaram a cometer delitos contra o patrimônio alheio, mediante grave ameaça e violência e com o uso de armas nesta comarca.

II — DO ROUBO

No dia 20 de julho de 2006, neste município e comarca, os denunciados e o menor já aludido se reuniram para a prática de crimes contra o patrimônio, mediante gravíssimas intimidações com o uso de armas de fogo.

Assim, o denunciado MAYCKON NETO, vulgo "Da Rua" previamente verificou os locais onde a quadrilha poderia praticar os delitos com maior tranquilidade. Em seguida, combinou com o menor inimputável J. R. M. que o mesmo seria o executor de tais crimes.

Em seguida, concorrendo diretamente para a empreitada delituosa, o denunciado MAYCKON NETO, vulgo "Da Rua", entrou em contato telefônico com o denunciado ALEXANDRE CORREA

PEDROSO, vulgo "Alex", o qual, na condução de uma motocicleta Marca Yamaha, Modelo YBR ED, 125 cc, placas MEB 1388, chegou ao local com dois revólveres, um de calibre 32 e o outro de calibre 22, ambos de propriedade do denunciado SAMUEL DOS SANTOS, vulgo "Samuca", que além de ceder tais armas para os crimes, emprestou suas roupas ao adolescente, para que o mesmo não fosse reconhecido.

Após toda esta preparação, SAMUEL DOS SANTOS, vulgo "Samuca" e MAYCKON NETO, vulgo "Da Rua", se dirigiram até o estabelecimento "Trekos Lanches" aguardando a prática do crime.

Desta forma, por volta das 19h30min o denunciado ALEXANDRE CORREA PEDROSO, vulgo "Alex" e adolescente J. R. M., vulgo "Ligeirinho", devidamente organizados, auxiliados e comandados pelos denunciados MAYCKON NETO, vulgo "Da Rua" e SAMUEL DOS SANTOS, vulgo "Samuca", conforme descrito anteriormente, em acordo prévio de vontades, com o firme propósito de assenhorearem-se do patrimônio alheio mediante grave violência e ameaça, se dirigiram até o estabelecimento comercial denominado MERCEARIA SOFFIATTI, localizado na Rua Campos Sales, n. 136, Bairro Coral, neste município e comarca.

Neste local, o adolescente J. R. M., de posse do revólver calibre 32 rendeu as vítimas ROSA JULIANA TEDESCO SOFFIATTI e ANTONIO SOFFIATTI, momento em que foi anunciado o roubo mediante gravíssimas intimidações e ameaças, inclusive com um disparo com a arma de fogo citada dentro do referido estabelecimento comercial (Laudo Pericial de fls. 100/104), que veio a atingir a laje superior do local. Após, foi subtraída a importância de R\$ 30,00 (trinta reais) dos ofendidos.

Enquanto isso, o denunciado ALEXANDRE CORREA PEDROSO, vulgo "Alex", aguardava do lado de fora da Mercearia Soffiatti, com sua motocicleta marca Yamaha, modelo YBR ED, 125cc, placas MEB 1388, cor vermelha, a fim de dar cobertura e de servir como meio de fuga do adolescente J. R. M.

Ato contínuo, ambos os denunciados (Alexandre e J. R. M.) evadiram-se do local com a posse mansa e pacífica da *res furtiva*.

III – DO LATROCÍNIO

Dando continuidade aos seus desígnios delituosos, no mesmo dia (20/07/2006), por volta das 21h, o denunciado ALEXANDRE CORREA PEDROSO, vulgo "Alex" e o adolescente J. R. M., vulgo "Ligeirinho", devidamente organizados, auxiliados e comandados pelos denunciados MAYCKON NETO, vulgo "Da Rua" e SAMUEL DOS SANTOS, vulgo "Samuca" [conforme já descrito anteriormente no item II – quatro primeiros parágrafos], em acordo prévio de vontades, com o firme propósito de assenhorearem-se do patrimônio alheio mediante graves violências e ameaças, se dirigiram até o estabelecimento comercial denominado "PANIFICADORA MULLER", de propriedade da vítima MARLI MULLER, localizado na Av. Luiz de Camões, s/n., Bairro Coral, neste município e comarca.

Neste local, o adolescente J. R. M., vulgo "Ligeirinho", utilizando um capacete da cor vermelha para encobrir o rosto e munido de uma arma de fogo calibre 22, anunciou o roubo ameaçando todos os presentes de morte, determinando que a vítima Marli Muller colocasse todo o dinheiro do caixa em uma sacola plástica.

Neste momento, quando a vítima foi entregar a sacola contendo o dinheiro, o adolescente J. R. M. efetuou um disparo com a arma de calibre .22, atingindo a vítima Marli Muller na região do supercílio esquerdo.

Esta lesão se constituiu como a causa eficiente da morte da ofendida Marli da Fátima Muller, conforme o Auto de Exame Cadavérico de fl. 118.

Empós, J. R. M. subtraiu a quantia constante na sacola e juntamente com o denunciado ALEXANDRE CORREA PEDROSO, vulgo "Alex", que já o aguardava em sua motocicleta, evadiu-se do local, obtendo a posse mansa e pacífica da *res furtiva*.

Ato contínuo, ambos se deslocaram até a residência do denunciado SAMUEL DOS SANTOS, vulgo "Samuca", local onde este não se encontrava. No entanto, conforme previamente haviam combinado, o adolescente J. R. M. trocou de roupas na garagem da casa de Samuel, sendo que a arma utilizada no crime foi deixada com o irmão deste, a criança G. dos S., de 11 anos de idade.

Consta ainda que ao chegar em casa o denunciado SAMUEL DOS SANTOS, vulgo "Samuca", foi avisado por seu irmão (a criança G.

dos S.), de que o denunciado ALEXANDRE e o adolescente J. R. M. haviam passado no local para deixar a arma do crime, momento em que aquele (Samuel) retirou a mesma da casa, escondendo-a em local ainda incerto, com o escopo de se livrar de sua responsabilidade penal.

Após isto, os denunciados SAMUEL e MAICKON ainda providenciaram um lugar para que o adolescente J. R. M. pernoitasse na casa de Rômulo de Freitas Gomes, que não possuía ciência dos delitos anteriormente praticados. [...] (fls. 2-6 – *sic*).

Processado o feito e concluída a instrução criminal, o Magistrado julgou parcialmente procedente a denúncia para absolver os réus, com fulcro no art. 386, incs. II e VI, do Código de Processo Penal, das sanções do art. 288 do Código Penal (formação de quadrilha), dando-os como incurso, por conseguinte, nas infrações descritas no art. 157, § 2º, incs. I e II, e art. 157, § 3º, *in fine*, c/c art. 69, todos do Código Penal. Condenou individualmente Alexandre Correa Pedroso e Mayckon Neto ao cumprimento da reprimenda de 25 (vinte e cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e 23 (vinte e três) dias-multa, e Samuel dos Santos ao resgate da pena de 25 (vinte e cinco) anos e 8 (oito) meses de reclusão e 23 (vinte e três) dias-multa.

Por fim, foram-lhes negados a substituição da pena corporal, o *sursis* e o direito de recorrer em liberdade, porque incabíveis na espécie.

Insatisfeitos com a prestação jurisdicional, o representante do *Parquet* e os sentenciados interpuseram recurso de apelação.

O Promotor de Justiça, em suas razões, pugnou pela reforma da sentença para ver os acusados condenados também pela prática do delito descrito no art. 288, parágrafo único, do Código Penal. Pretendeu, ainda, o aumento das penas irrogadas, com a aplicação, na terceira etapa da dosimetria, do acréscimo de 1/2 (metade), consoante entendimento do Supremo Tribunal Federal, ou de 3/8 (três oitavos), de acordo com a jurisprudência deste Tribunal de Justiça, bem como a incidência do art.

92, inc. III, do Digesto Repressivo (inabilitação para dirigir veículo), em relação ao apenado Alexandre.

Os defensores dos réus, por sua vez, também solicitaram a reforma do *decisum*.

Mayckon Neto requereu, preliminarmente, a reconhecimento da nulidade do processado em virtude da inobservância dos princípios da ampla defesa e do contraditório, destacando, para tanto, o indeferimento do pedido de apreensão de arma de fogo que se encontrava em local conhecido, a não-realização de exame toxicológico dos acusados e a falta da acareação destes com o menor J. R. M. Alegou, ainda, ter havido desrespeito ao princípio do devido processo legal, porquanto deferido ao representante ministerial requerimento de diligências quando já encerrada a fase do art. 499 da Lei Adjetiva Penal. No tocante ao mérito, postulou a absolvição por insuficiência de provas ou, subsidiariamente, o reconhecimento da figura do art. 29, § 2º, do Código Penal.

Samuel dos Santos tencionou, preambularmente, a declaração de nulidade da sentença por não ter sido reconhecida a atenuante da menoridade e, no mérito, a absolvição com base na fragilidade do conjunto probante amealhado. Secundariamente, pugnou pela aplicação da regra ditada no art. 29, §§ 1º ou 2º, do Código Penal, pela ocorrência do crime continuado entre os delitos pelos quais foi condenado e pela redução de sua pena.

Por derradeiro, Alexandre Correa Pedroso pretendeu a absolvição por inexistência de provas de que tenha participado nos delitos e, subsidiariamente, a desclassificação do crime de roubo para a modalidade simples.

Contra-arrazoados os recursos, ascenderam os autos a esta Corte, oportunidade em que a douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo conhecimento dos apelos para negar provimento aos reclamos de Mayckon Neto e Alexandre Correa Pedroso e dar parcial provimento ao

recurso de Samuel dos Santos para o fim de ser reconhecida a atenuante genérica da menoridade, e ao do *Parquet* para majorar as penas impostas, com aplicação, na terceira etapa dosimétrica, da fração de 3/8 em vez de 1/3, como verificado.

VOTO

Trata-se de recursos de apelação ofertados pelo representante ministerial e pelos acusados, todos irresignados com a sentença proferida na Ação Penal autuada sob o n. 039.06.009868-4, que condenou Mayckon Neto, Samuel dos Santos e Alexandre Correa Pedroso pela prática dos crimes de roubo duplamente circunstanciado e de latrocínio, em concurso material (art. 157, § 2º, incs. I e II, e art. 157, § 3º, *in fine*, c/c art. 69, todos do Código Penal).

Nas razões ofertadas, os recorrentes pretenderam a reforma da sentença nos seguintes termos:

O Promotor de Justiça pleiteou a condenação dos acusados pela prática do delito descrito no art. 288, parágrafo único, do Código Penal. Solicitou, ainda, o aumento das penas irrogadas, com a aplicação, na terceira etapa da dosimetria, do acréscimo de 1/2 (metade), consoante entendimento do Supremo Tribunal Federal, ou de 3/8 (três oitavos), de acordo com a jurisprudência deste Tribunal de Justiça, bem como a incidência do art. 92, inc. III, do Digesto Repressivo (inabilitação para dirigir veículo), em relação ao apenado Alexandre.

Mayckon Neto requereu, preliminarmente, a reconhecimento da nulidade do processado em virtude da inobservância dos princípios da ampla defesa e do contraditório, destacando, para tanto, o indeferimento do pedido de apreensão de arma de fogo que se encontrava em local conhecido, a não-realização de exame toxicológico dos acusados e a falta da acareação destes com o menor J. R. M. Alegou, ainda, ter havido desrespeito ao princípio

do devido processo legal, porquanto deferido ao representante ministerial requerimento de diligências quando já encerrada a fase do art. 499 da Lei Adjetiva Penal. No tocante ao mérito, postulou a absolvição por insuficiência de provas ou, subsidiariamente, o reconhecimento da figura do art. 29, § 2º, do Código Penal.

Samuel dos Santos tencionou, preambularmente, a declaração de nulidade da sentença por não ter sido reconhecida a atenuante da menoridade e, no mérito, a absolvição com base na fragilidade do conjunto probante amealhado. Secundariamente, pugnou pela aplicação da regra ditada no art. 29, §§ 1º ou 2º, do Código Penal, pela ocorrência do crime continuado entre os delitos pelos quais foi condenado e pela redução de sua pena.

Por derradeiro, Alexandre Correa Pedroso pretendeu a absolvição por inexistência de provas de que tenha participado nos delitos e, subsidiariamente, a desclassificação do crime de roubo para a modalidade simples.

Inicialmente, compulsando o caderno processual, verifica-se que nenhuma das prefaciais argüidas merece guarida.

Diversamente do alegado por Mayckon Neto, não ocorreu nenhuma ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa e do devido processo legal.

No tocante ao indeferimento do pedido de apreensão de arma de fogo, como acertadamente explicitou o MM. Juiz, a pretensão se apresentava descabida.

Visava a defesa, com aludido pedido, a realização de exame pericial no instrumento bélico, a fim de tentar comprovar que o revólver não podia deflagrar disparos.

Contudo, é pacífico o entendimento desta Corte de que é prescindível a apreensão do armamento para fins de caracterização da causa de

aumento discriminada no inc. I do § 2º do art. 157 do Código Penal, bastando a existência de outras provas, como *v.g.* depoimentos testemunhais, para a sua caracterização, se não vejamos:

APELAÇÃO CRIMINAL – CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO – ROUBO CIRCUNSTANCIADO PELO EMPREGO DE ARMA E CONCURSO DE AGENTES (ART. 157, § 2º, INCISOS I E II, DO CÓDIGO PENAL) – AUTORIA E MATERIALIDADE SOBEJAMENTE COMPROVADAS – DIZERES DAS VÍTIMAS ISENTOS DE MÁCULA E EM HARMONIA COM AS PROVAS COLIGIDAS – RECONHECIMENTO DOS AGENTES PELAS VÍTIMAS – PLEITO ABSOLUTÓRIO QUE NÃO ENCONTRA ARRIMO NAS PROVAS COLIGIDAS AO PROCESSADO – *ALMEJADO AFASTAMENTO DA CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA PELO USO DE ARMA DE FOGO – NÃO-APREENSÃO E CONSEQÜENTE NÃO-REALIZAÇÃO DE EXAME PERICIAL A ATESTAR O POTENCIAL LESIVO DO ENGENHO – DESNECESSIDADE – USO DE ARMA DE FOGO COMPROVADO PELAS PALAVRAS DAS VÍTIMAS [...]* SENTENÇA MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO (Ap. Crim. n. 2007.052977-6, de Rio Negrinho, rel. Des. Solon d'Eça Neves) (destacou-se).

[...] Não é necessária a apreensão de arma para se comprovar a circunstância prevista no artigo 157, § 2º, I, do Código Penal, basta prova testemunhal. [...] (Ap. Crim. n. 2005.023511-0, de Balneário Camboriú, rel. Des. Amaral e Silva).

Da mesma forma, não deriva nulidade alguma o fato de o Magistrado ter indeferido a realização de exame toxicológico nos acusados ou a acareação destes diante do menor J. R. M.

A uma por dizer respeito a ato discricionário do julgador, isto é, aferível de acordo com o interesse, a necessidade e conveniência da medida no caso em apreço, situação que foi efetivamente justificada no *decisum* de fl. 390, quando o MM. Juiz alinhou que "[...] os requerimentos formulados pela defesa pouco ou nenhuma diferença farão em realização à prova

já colhida nos autos, apenas retardarão o curso do feito, prejudicando os próprios acusados. [...]".

Aliás, asseverando sobre a possibilidade de o togado decidir conforme a sua conveniência e oportunidade, em caso assemelhado já decidiu o Tribunal da Cidadania:

CRIMINAL. HC. TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. ORIGEM ESTRANGEIRA DA DROGA. COMPROVAÇÃO. IMPROPRIEDADE. NÃO CONHECIMENTO. *CERCEAMENTO DE DEFESA. INDEFERIMENTO DE DILIGÊNCIAS. ILEGALIDADE NÃO-VERIFICADA. DISCRICIONARIEDADE DO MAGISTRADO.* ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E DENEGADA. I. Alegações de que o Tribunal Regional Federal da 3ª Região seria incompetente para julgar o recurso de apelação interposto em favor do réu, sob o fundamento de que não existiriam provas da prática do crime de tráfico internacional de entorpecentes. II. Análise que, em razão da necessidade de dilação do conjunto fático-probatório, é inviável na via eleita. III. *Não se acolhe alegação de nulidade por cerceamento de defesa, em função do indeferimento de diligências requeridas pela defesa, pois o Julgador pode, de maneira fundamentada, indeferir a realização daquelas que considere protelatórias ou desnecessárias. Precedentes desta Corte.* IV. *Juízo de conveniência quanto à necessidade de realização de diligências que é próprio do regular poder discricionário do Magistrado.* V. *Ordem parcialmente conhecida e denegada* (Superior Tribunal de Justiça STJ; HC n. 38.393/SP; Quinta Turma, rel. Min. Gilson Langaro Dipp, j. 14-12-2004, DJU 21-2-2005, p. 202, grifou-se).

E a duas porquanto já ultimada a instrução processual, consoante se infere do despacho de fl. 385v., circunstância que, como sabido, obsta a produção de novas provas, uma vez que a fase do art. 499 do CPP é destinada ao requerimento de "[...] diligências, cuja necessidade ou conveniência se origine de circunstâncias ou de fatos apurados na instrução [...]".

Em outras palavras, não pode a defesa, na referida etapa procedimental, quando já finalizada a instrução, postular a produção de prova

nova, nem sequer mencionada durante a marcha processual, por se tratar de matéria preclusa.

Sobre o tema, também já assentou o Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. ART. 312, CAPUT, C/C O ART. 92, INCISO I, A, DO CÓDIGO PENAL. *INDEFERIMENTO DE DILIGÊNCIAS REQUERIDAS NA FASE DO ART. 499 DO CPP. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. NULIDADE RELATIVA. FALTA DE ARGÜIÇÃO. PRECLUSÃO*. I — O deferimento de diligências requeridas na fase do art. 499 do CPP é ato que se inclui na esfera de discricionariedade regrada do Magistrado processante, que poderá indeferi-las de forma fundamentada, quando as julgar protelatórias ou desnecessárias e sem pertinência com a instrução do processo. Tal ocorreu no caso *sub examine*, não havendo que se falar em cerceamento de defesa (Precedentes). II — *A questão de indeferimento de perícia, que poderia ter sido solicitada desde a defesa prévia, na fase do art. 499 do CPP, constitui nulidade relativa e, para tanto, para ser reconhecida, faz-se necessário sua argüição em momento oportuno (art. 571 do CPP), bem como demonstração de prejuízo (art. 563 do CPP). In casu, não tomada essa providência, a questão foi alcançada pela preclusão. (Precedente). Ordem denegada* (Superior Tribunal de Justiça STJ; HC n. 34811/PR, Quinta Turma, rel. Min. Felix Fischer, j. 28-9-2004, DJU 3-11-2004, p. 214, grifou-se).

Não diverge o entendimento desta Corte:

[...] PROCESSO PENAL. ARGÜIÇÃO DE CERCEAMENTO DE DEFESA. INDEFERIMENTO MOTIVADO DE DILIGÊNCIAS REQUERIDAS NA FASE DO ART. 499, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. FACULDADE CONFERIDA POR LEI AO JUIZ. PREFACIAL, ADEMAIS, SUSCITADA ANTES DA PROLAÇÃO DA SENTENÇA. PRECLUSÃO. “O estágio do art. 499 da lei processual não significa reabertura ampla da instrução do feito. A oportunidade é limitada ao pedido de diligências para esclarecer aspectos novos revelados na fase instrutória e sobre os quais as partes não tiveram oportunidade de requerer a realização de provas. Aquelas que podiam ter sido solicitadas desde o início, quer na denúncia ou na queixa, quer na defesa prévia, perderam sua

oportunidade de serem pleiteadas” (RT 508/387). [...] (Ap. Crim. n. 2007.050470-5, de Joinville, rel. Des. Sérgio Paladino).

PROCESSO PENAL — INDEFERIMENTO DE DILIGÊNCIA REQUERIDA EMPÓS O PRAZO PREVISTO NO ARTIGO 499 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL — CERCEAMENTO DE DEFESA — INOCORRÊNCIA — PRECLUSÃO TEMPORAL — NULIDADE INEXISTENTE. [...] (Ap. Crim. n. 2005.005885-5, de Criciúma, Des. Subst. José Carlos Carstens Köhler).

Não fosse apenas isso, a legislação processual penal adotou o princípio *pas de nullité sans grief*, segundo o qual nenhum ato será declarado nulo se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa (art. 563 CPP), de modo que cabia ao apelante demonstrar o dano, o que no caso não ocorreu.

Ainda, no concernente à aventada afronta ao princípio do devido processo legal, ao argumento de que teria o Togado admitido a produção de prova nova pela acusação após a etapa do art. 499 do CPP, melhor sorte não socorre a defesa.

De fato, vislumbra-se que após o despacho de fl. 385v., que pôs um fim à instrução probatória, o representante ministerial ficou-se silente quando teve vista dos autos, apenas se manifestou contrariamente aos requerimentos postulados pela defesa de Mayckon Neto (fl. 390).

Todavia, à fl. 410, gizou o combativo Promotor a necessidade de deferimento do pedido da Delegada de Polícia que presidiu o inquérito policial, solicitando autorização para leitura e conseqüente lavratura de auto de identificação das chamadas efetuadas, recebidas e não atendidas do telefone celular apreendido, o que foi acatado pelo Juízo à fl. 411.

Desse modo, embora ultrapassada a fase do art. 499, tem-se que o Promotor, ao ofertar aludida peça, não requereu a produção de nenhuma

prova, apenas opinou pelo deferimento de uma diligência pretérita solicitada pela autoridade policial, mas ainda não examinada pelo Juízo.

Em outras palavras, tal situação de forma alguma sugere o atendimento a uma preclusa promoção ministerial, sendo, em verdade, apenas uma remissão a um pedido anteriormente requerido, mas não examinado, o que é plenamente possível diante da faculdade que detém o órgão julgador de ordenar a produção de provas em nome do Juízo, com o objetivo de ver satisfeita a busca pela verdade real, conforme preceituam os arts. 156 e 502 do Código de Processo Penal:

Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer; mas o juiz poderá, no curso da instrução ou antes de proferir sentença, determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

[...];

Art. 502. Findos aqueles prazos, serão os autos imediatamente conclusos, para sentença, ao juiz, que, dentro em cinco dias, poderá ordenar diligências para sanar qualquer nulidade ou suprir falta que prejudique o esclarecimento da verdade.

A propósito:

[...] Pode o magistrado antes da sentença determinar a diligência que entender necessária, a teor do art. 502, do Código de Processo Penal [...] (Ap. Crim. n. 26.266, de Maravilha, rel. Des. Nauro Collaço).

Logo, não houve nenhuma mácula ao devido processo legal.

Do mesmo modo, a proemial suscitada por Samuel dos Santos, de nulidade da sentença ante o não-reconhecimento da atenuante da menoridade, também carece de lastro para o desiderato pretendido.

É que, malgrado o apelante contasse menos de 21 anos de idade à época dos fatos, situação que lhe confere o direito ao cômputo, na sua pena, da atenuante genérica da menoridade, prevista no art. 65, inc. I, do

Código Penal, não há razão para anular a sentença, uma vez que tal vício pode ser corrigido neste grau de jurisdição, como já realizado em várias outras oportunidades por esta Corte de Justiça, se não vejamos:

[...] DOSIMETRIA. RECONHECIMENTO, DE OFÍCIO, DA ATENUANTE DA MENORIDADE REFERENTE A UM DOS ACUSADOS. ADEQUAÇÃO DA REPRIMENDA QUE SE IMPÕE (Ap. Crim. n. 2006.018875-9, de Gaspar, rel. Des. Alexandre d'Ivanenko).

[...] APLICAÇÃO DA PENA – CRIME DE FURTO – ATENUANTE DA MENORIDADE – RECONHECIMENTO *EX OFFICIO* – REDUÇÃO EM 6 (SEIS) MESES DA REPRIMENDA IMPOSTA (Ap. Crim. n. 2008.003602-3, de Papanduva, rela. Des. Salete Silva Sommariva).

Destarte, porque infundadas as argumentações preliminares defensivas de nulidade do processo e da sentença, passa-se à análise do mérito dos reclamos.

No concernente aos pleitos absolutórios pretendidos pelos acusados, depreende-se que estes se apresentam totalmente insubsistentes, haja vista que o conjunto probatório é constataador de que os recorrentes participaram ativamente da prática dos delitos pelos quais foram condenados.

Os acusados Mayckon Neto e Samuel dos Santos, nas oportunidades em que foram ouvidos, limitaram-se a negar a autoria delitiva, enquanto Alexandre assumiu, apenas na etapa indiciária, a sua participação no roubo à Merceria Soffiatti.

Contudo, como se verá na seqüência, as provas alicerçam com firmeza os fatos narrados na denúncia.

A materialidade dos crimes está consubstanciada nos boletins de ocorrência (fls. 11-13), nos termos de apreensão (fls. 31-32; 132), nos termos de reconhecimento (fls. 51-54), nos termos de reconhecimento por fotografia (fls. 73-74; 79-81), nas cópias de reportagens do caso veiculadas

na imprensa local (fls. 97-100), no Laudo Pericial n. 91/06-FD (fls. 108-112); no Laudo Pericial n. 57/06-ED (fls. 113-116), no Exame Pericial Cadavérico n. 1300/06 (fl. 126), nas diligências (fls. 128-131), no Laudo Pericial n. 22/07-ED (fls. 417-435), bem como nas provas testemunhais coligidas durante o processado.

A autoria, da mesma forma, exsurge incontestemente do acervo probatório amealhado, e tiveram amplo destaque as palavras proferidas pelo adolescente J. R. M. e pelas vítimas e testemunhas, como se verá a seguir.

Infere-se do processado que, no dia 20 de julho de 2006, Mayckon Neto, vulgo "Da Rua", e Samuel dos Santos, vulgo "Muca" ou "Samuca", previamente mancomunados para a prática de crimes contra o patrimônio, aliciaram o menor J. R. M., vulgo "Ligeirinho", recém-foragido de um centro de recuperação de drogas, para a prática de assaltos a estabelecimentos comerciais na cidade de Lages/SC.

Para a execução da empreitada criminoso, os agentes imputáveis forneceram ao menor, além de drogas para "encorajá-lo", vestimentas e duas armas de fogo (um revólver calibre .32 e outro de calibre .22) e, por meio do mototaxista Alexandre Correa Pedroso, vulgo "Alex" ou "Grego", disponibilizaram, ainda, o transporte até os locais dos crimes e as respectivas fugas.

Foi assim que, por volta das 19h30min, Alexandre Correa Pedroso e o adolescente J. R. M., devidamente auxiliados e comandados por Mayckon Neto e Samuel dos Santos, rumaram, na motocicleta pertencente ao primeiro, para o estabelecimento comercial denominado Merceria Soffiatti, localizado no bairro Coral. No local, enquanto Alexandre aguardava no lado externo, dando cobertura e pronto para servir como meio de fuga, o menor adentrou na merceria na posse do revólver calibre .32, rendeu as vítimas Rosa Juliana Tedesco Soffiatti e Antonio Soffiatti e, mediante graves ameaças e intimidações, concretizadas inclusive mediante disparo de arma

de fogo contra a laje superior da construção, subtraiu a importância de R\$ 30,00 (trinta reais) dos ofendidos e, na seqüência, evadiu-se do local dos fatos na companhia do mototaxista.

Ainda na mesma data, por volta das 21h, após um breve interregno, Alexandre e o adolescente J. R. M. tornaram a agir, mas agora no estabelecimento comercial denominado "Panificadora Müller", também situado no bairro Coral.

Lá chegando, enquanto Alexandre aguardava no lado externo, dando cobertura e pronto para servir como meio de fuga, o menor, utilizando um capacete de cor vermelha para encobrir sua face, adentrou na padaria na posse do revólver calibre .22 e ameaçou todos os presentes de morte, ordenando à vítima Marli Müller que colocasse todo o dinheiro do caixa em uma sacola plástica.

Todavia, no momento da entrega da sacola, J. R. M. efetuou um disparo do revólver que portava contra a vítima Marli Müller, que a alvejou na região do supercílio esquerdo e lhe causou a lesão que foi eficiente para dar causa à sua morte, consoante atestado pelo auto de exame cadavérico acostado à fl. 126.

Ato contínuo, o adolescente subtraiu os valores presentes na sacola e, juntamente com Alexandre, que já o aguardava na motocicleta, evadiu-se do local, na posse mansa e pacífica da *res furtiva*, em direção à residência de Samuel dos Santos, vulgo "Samuca" ou "Muca".

No local, como previamente combinado, J. R. M. trocou de roupas e, ante o fato de Samuel não se encontrar na casa, deixou a arma de fogo com G. dos S., irmão deste, que contava 11 (onze) anos de idade.

Momentos depois, ao chegar em casa, Samuel encarregou-se de esconder em local incerto e não sabido o revólver que estava na posse de seu irmão e juntamente com Mayckon providenciaram para que J. R. M.

pernoitasse na residência de um terceiro, que nada sabia sobre as práticas criminosas.

Nesse exato sentido está a esclarecedora declaração do menor J. R. M., que, ao ser oitivado perante o Juízo da Vara da Família, Órgão se Sucessões, Infância e Juventude da comarca de Lages, relatou os fatos, explicitando o modo como cada um dos acusados atuou na empreitada delinqüencial:

[...] sua mãe é falecida e seu pai é andarilho e dependente químico em Itajaí; que o representado residia com um irmão maior em Balneário Camboriú; que a mãe do representado faleceu quando o mesmo tinha onze anos; que são três irmãos; que “bem dizer não tem religião”; que se encontrava em Lages internado no Crensa pois é dependente químico; que faz uso de maconha e crack; que tem um processo por furto na Comarca de Balneário Camboriú e veio para o Crensa encaminhado por esse juízo; que o apelido do representado é “Ligeirinho” porque anda de skate; que tem dezesseis anos de idade; que ficou um dia no Crensa e fugiu acompanhado de “Sandrinho”; que pernoitou uma noite num parente de “Sandrinho”; que “Sandrinho” chegou próximo ao Estádio na companhia do representado, ocasião em que chegou “Da Rua” e “Samuca” e suas namoradas; que o representado foi indagado em qual artigo ele era, sendo que disse que não era artigo nenhum e que havia saído do Crensa e necessitava de dinheiro para ir embora para casa; que “Da Rua” mencionou que “tinha uma fita para o representado fazer e arrumava até um canhão e uma moto para fuga”; que o representado disse “que de cara não conseguiria fazer”, ocasião em que “Da Rua” ligou para Alexandre o qual chegou de moto e trouxe três pedras de *crack* sendo que o representado fez uso das mesmas; que “Samuca” deu idéia do representado tirar sua bermuda e vestir uma calça uma vez que já tinha levado “uma geral” na bermuda e seria mais fácil de ser reconhecido; que Samuel levou o representado até sua residência e emprestou suas roupas; que as armas, de calibre 32 e 22 eram de propriedade de Samuel e foram trazidas por Alexandre; que o representado subiu na garupa de Alexandre e deram voltas nas padarias Müller e Santa Marta sendo que como ambas estavam cheias, Alexandre viu que a mercearia Sofiati se encontrava vazia e deu a idéia para o representado ir até o local; que “Samuca” e “Da

Rua” ficaram no Trekos Lanches sendo que Alexandre aguardava o representado de moto na esquina; que entrou na Sofiati de posse do revólver calibre 32; que anunciou o assalto sendo que a moça da mercearia disse que não tinha dinheiro e deu a quantia de R\$ 6,00 (seis reais) ao representado ocasião em que um senhor se aproximando do representado disse que a arma que o mesmo portava não funcionava o que fez com que desse um tiro na direção dele, mas na parede; que não queria acertar o referido senhor, apenas mostrar que a arma funcionava; que esse senhor retirou da carteira a quantia de R\$ 1,00 (um real); que usou um capuz o qual só possuía um corte na altura da boca; que deu R\$ 5,00 (cinco) reais para Alexandre para que o mesmo colocasse combustível na moto indo com o mesmo até o posto; que Alexandre deixou o representado um pouco para cima da casa de “Samuca”, tendo rumado para o Trekos; que chegando no local “Samuca” e “Da Rua” se encontravam na companhia de outros amigos e duvidaram da pouca quantia que o representado tinha trazido; que o representado fez um lanche e tomou uma cerveja; que “Da Rua” fez uma ligação e solicitou a um mototáxi que trouxesse mais algumas pedras ao representado a pedido deste; que Alexandre pegou o representado no local marcado para fumar as pedras trazidas que eram dez, local este um terreno baldio próximo ao ginásio ocasião em que o representado pediu para que trouxesse o revólver que ele “faria” a padaria; que o revólver utilizado na Sofiati fora recolhido por Alexandre; que ficou fumando *crack* sozinho; que cerca de quarenta minutos após, Alexandre retornou ao ginásio para buscar o representado trazendo o outro revólver, calibre 22 e deixou o representado no mesmo local anterior; que usou um capacete da moto para entrar na Müller; que da mesma forma anterior anunciou o assalto à mulher que se encontrava no caixa e disse que era para a mesma colocar o dinheiro que tinha dentro de uma sacola, empunhando o revólver junto ao peito; que, no entanto, a mulher, ao entregar a sacola, subiu um pouco no balcão e tentou tirar o revólver da mão do representado cujo dedo estava no gatilho “e daí eu atirei”; que a senhora ao puxar o revólver o mesmo foi para cima, pegando na cabeça da mulher; que o representado não queria atirar mas ela puxou o revólver; que subiu na moto de Alexandre e entregou a sacola e o revólver ao mesmo e pediu a metade do valor, vez que estava bastante apavorado não contando o que tinha acontecido em detalhes porque estava muito nervoso, uma vez que Alexandre havia escutado o disparo; que ato contínuo, foram até a residência

de “Samuca”, tendo o representado colocado suas vestes de volta; que lá se encontravam “Samuca” e “Da Rua”; que como o local já se encontrava com bastante policiais, “Da Rua” e “Samuca” tiveram a idéia de levar o representado até a casa de um paulista amigo de ambos a fim de que pernoitasse; que muito embora não tenha contado os fatos ao “Paulista”, o mesmo percebeu que o representado se encontrava apavorado e olhando pelas janelas; que “Paulista” insistiu em saber o que havia acontecido sendo que o representado dizia que estava “curtindo sua pilha” em razão do uso de drogas; que foi pego em seguida pelos policiais; que o valor do assalto seria dividido somente entre o representado e “Samuca” vez que os revólveres eram deste último; que em momento algum “Paulista” soube que o representado teria feito os assaltos; que “Samuca” iria fazer posteriormente uma divisão dos valores recebidos com “Da Rua” e Alexandre, vez que este não fazia corridas por menos de R\$ 100,00 (cem reais); que não sabe a quem pertencia a moto mas acredita que a Alexandre; que após os fatos da Müller e ao ter ido para a residência de “Samuca” o representado colocou umas roupas que já estavam prontas para serem vestidas e que pertenciam a “Samuca”; que trabalhava como servente em Balneário Camboriú; que se arrependeu de ter saído do Crensa pois incomodou bastante para ter conseguido a vaga e acabou indo pela “cabeça dos outros”; que “Sandrinho” não havia gostado dos monitores do Crensa e estava a fim de ir embora ao passo em que o representado queria usar drogas, motivo pelo qual concordou em fugir; que se arrependeu bastante dos fatos pois veio para Lages para se recuperar das drogas; [...] (J. R. M. – fls. 195-197).

Em complemento, citam-se, também, alguns trechos das declarações prestadas pelo adolescente na fase indiciária, confirmadoras de que Mayckon e Samuel foram os mentores dos crimes e responsáveis pelo planejamento do itinerário deliquêncial, seja fornecendo os meios materiais – drogas, vestimentas e armas de fogo – para a perpetração dos delitos patrimoniais, seja contactando os agentes que funcionariam diretamente no roubo e no previsível latrocínio, no caso o próprio menor e o mototaxista Alexandre. Por sua vez, este último foi peça-chave no êxito da empreitada criminoso,

pois participou ativamente no transporte de J. R. M. aos estabelecimentos vítimas, e garantiu, ainda, as respectivas fugas, se não vejamos:

[...] acabou encontrando outros rapazes, incluindo entre eles o SAMUCA, que reconhece como sendo Samuel dos Santos, o qual emprestou um revólver para o declarante para este fazer um assalto; QUE, a proposta para o declarante fazer o assalto foi do SAMUCA e do rapaz alcunhado por DA RUA, cujo nome é MAYCKON NETO (RG 4511536/SC); Que, o declarante conheceu DA RUA ao mesmo tempo em que conheceu SAMUCA; QUE, DA RUA ligou para um motoqueiro, do telefone público que fica quase na porta do ginásio de esportes, em frente a uma praça; [...] QUE, DA RUA ligou para que o motoqueiro para que este levasse o declarante para fazer um assalto; [...] Que mostrada a fotografia de Alexandre Correa Pedroso o reconhece como sendo o motoqueiro que lhe auxiliou no assalto ocorrido na noite passada; [...] que sabem do ocorrido e participaram auxiliando as pessoas de SAMUCA, DA RUA e sua namorada e o motoqueiro, ora identificado como ALEXANDRE; [...] QUE esclarece que a arma utilizada no assalto da mercearia é uma de calibre .32 e no assalto da padaria foi utilizado um revólver calibre .22; Que o responsável pela troca das armas foi o motoqueiro, que lhe entregou a nova arma pouco antes do assalto à padaria, sob alegação de que aquela arma era melhor, mais nova [...] (fls. 24-25 – *sic*).

No tocante à validade da delação ofertada pelo menor, este Areópago já se posicionou no sentido de sua admissibilidade, mormente quando coerente e harmônica com as demais provas. Nessa senda:

PROVA – DELAÇÃO – VALIDADE. Mostra-se fundamentado o provimento judicial quando há referência a depoimentos que respaldam delação de co-réus. Se de um lado a delação, de forma isolada, não respalda condenação, de outro serve ao convencimento quando consentânea com as demais provas coligidas (STF, HC n. 75.226/MS, rel. Min. Marco Aurélio).

Ainda:

[...] A delação é instrumento de grande valor probatório para embasar medida condenatória, principalmente quando harmoniosa e

coerente, encontrando apoio na prova circunstancial (Ap. Crim. n. 2003.007078-8, de Guaramirim, rel. Des. Solon d'Eça Neves).

Nesse talante, importa ressaltar, como bem esclarecido pelo MM. Juiz à fl. 518, que o fato de J. R. M. ter afirmado, nos Autos n. 039.06.010294-0 (fls. 229-230), que o disparo ocorrido na panificadora Müller teria sido deflagrado pelo co-denunciado Samuel dos Santos e que teria assumido a autoria por temer represálias do acusado Mayckon não tem o condão de afastar a responsabilidade criminal de nenhum dos réus, uma vez que cada um concorreu a seu modo para as práticas penalmente ilícitas que lhes foram imputadas, nos termos do art. 29, *caput*, do Código Penal, *in verbis*:

Art. 29 — Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade.

Corroborando a autoria delitiva por parte de Mayckon, Rômulo Freitas Gomes, vulgo "Paulista", pessoa que acolheu o menor para pernoitar em sua residência, lembrou o acontecido na data dos fatos, salientando que o acusado, vulgo "Da Rua", e J. R. M. estavam bastante "nervosos" na ocasião em que vieram pedir abrigo. Lembrou, ainda, que, além de o adolescente ter-lhe contado sobre os crimes como se tivesse participado ativamente destes, houve um suspeito diálogo entre Mayckon e o infante, ocasião em que o primeiro solicitou ao outro para que o esperasse antes de sair pela manhã:

[...] QUE, no dia de ontem, 20/07/06, quinta-feira, por volta das 22:30 horas, bateram na porta do apartamento do declarante, tendo atendido e era o "DA RUA", o qual trazia consigo a namorada do mesmo bem como o rapaz que soube posteriormente se chamar J. R. M., o qual pediu para ali dormir, não tendo o declarante como recusar o pedido, e então arrumou um colchonete na sala para o hóspede dormir; QUE, percebeu o depoente que "DA RUA", a namorada e o J. R. M. estavam muito nervosos, mas, o declarante não deu muita importância; QUE, em seguida "DA RUA" e a namorada saíram, não antes de "DA RUA" ter dito à J. R. M. — "amanhã você

não saia deixo que eu venho aqui", no que concordou o rapaz; QUE, instantes após, agora o declarante e J. R. M. deram uma pequena saída a pé próximos de uma mercearia, retornando logo para o apartamento onde ficaram sozinhos; QUE, pela manhã ambos passaram a conversar, tendo entre várias conversas, J. R. M. contado que fez uma "fita" em uma mercearia localizada no final da Campos Sales, chegando na avenida Presidente Vargas, narrando que "assaltou" o estabelecimento e lhe rendeu algum dinheiro, mas na oportunidade, onde tinha uma senhora e um senhor, este último "desacreditou" que o revólver calibre 22 funcionasse, dizendo que estava enferrujado, razão que J. R. M. efetuou um disparo com a arma no interior da Mercearia, fugindo em seguida; QUE, J. R. M. também contou sobre o "assalto" na padaria Muller, dizendo detalhes que julgou o declarante estranho, ou seja, ele narrava a ação como se estivesse bem próximo de tudo ou como se fosse ele que praticou o crime, pois disse que a mulher do caixa tava com o dinheiro em uma sacola; QUE, a mulher foi entregar a sacola com o dinheiro com uma mão e com a outra tentou pegar a arma, oportunidade em que o "moleque" disparou com um revólver calibre 22, que fez um "buraquinho" na testa da mulher, tendo esta caído com uma mão para cima e outra para baixo, e saía sangue da boca da mesma, tendo em seguida dali saído com capacete da motocicleta, o revólver na mão e a sacola de dinheiro, indo para uma esquina próximo dali, mas passado algum tempo, o mesmo rapaz ali voltou para conferir se a mulher morreu, tudo isso, menciona o declarante, foi-lhe dito pelo hóspede J. R. M.; QUE, frisa o declarante que muito embora J. R. M. não contou que fosse ele que praticou o "assalto" na padaria Müller, para o depoente a narrativa dele era de quem foi o autor ou de alguém que estivesse muito próximo [...] (fls. 21-22 – sic) (grifou-se).

Da mesma forma, merece destaque a ação promovida pelo comissário de polícia Sebastião Tadeu Ramos, que, às fls. 321-322, narrou o modo como chegou à identidade de Alexandre, proprietário da motocicleta utilizada nos assaltos. Afirmou que, logo após o cometimento do latrocínio, saiu a bordo de seu próprio veículo na busca de informações sobre os envolvidos, e deparou-se com uma motocicleta em frente à casa do acusado Samuel dos Santos e, ao perceber que os ocupantes da moto estavam "aparentemente nervosos", anotou o número da placa que, depois veio a

saber, pertencia ao mototaxista Alexandre Correa Pedroso, vulgo "Grego" ou "Alex". Relatou, também, à fl. 60, ter "[...] absoluta certeza de que eram Alexandre e J. R. M., os rapazes que estavam na motocicleta, junto à casa de "Samuca", momento após o latrocínio na Padaria Müller; [...]"

Relativamente ao roubo ocorrido na Merceria Soffiatti, além das declarações já epigrafadas, cabe discorrer que J. R. M. foi reconhecido pelas vítimas (termo de reconhecimento de fl. 51), que em suas respectivas declarações confirmaram a versão apresentada pelo menor:

[...] no dia dos fatos, o informante estava em sua mercearia, quando lá entrou um rapaz, com a falta de um dente na frente, usando uma touca, mas tapando apenas até o nariz; [...] que esse rapaz entrou dizendo tratar-se de um assalto, empurrou a esposa do informante e efetuou um disparo; que a esposa do informante entregou o dinheiro que tinha no caixa, em torno de R\$ 30,00, mas ele dizia que queria mais, ao que o informante disse que não tinha, pois acabara de depositar no banco; após, o assaltante embarcou em uma moto e fugiu; [...] (Antônio Soffiatti – fl. 307 – *sic*).

[...] que estava no interior da mercearia, quando um rapaz entrou empunhando um arma, dizendo que era um assalto; posteriormente efetuou o reconhecimento desse rapaz, na delegacia de polícia; que esse rapaz levou R\$ 30,00 que havia no caixa; posteriormente, tomou conhecimento de que ele era menor; [...] (Rosa Juliana Tedesco Soffiatti – fl. 307v. – *sic*).

O acusado Alexandre, apesar de ter alterado sua versão dos fatos em Juízo e negado seu envolvimento no latrocínio, confirmou o relatado pelo adolescente, isto é, de que auxiliou diretamente nos fatos constantes da peça acusatória, e que, por meio de seus serviços, transportou o menor à Merceria Soffiatti e facilitou a evasão do local. Alinhavou, ainda, a participação de Mayckon Neto, vulgo "Da Rua", aduzindo que foi ele quem fez o contato para que perfizesse o traslado do menor infrator:

[...] QUE, na data de ontem (20/07/2006) às 18h47min o interrogando recebeu uma ligação telefônica do rapaz alcunhado por "Da Rua", cujo nome é MAYCKON NETO (RG 4511536/SC), QUE,

"Da Rua" disse ao interrogando que queria apresentar-lhe um rapaz que precisava de uma "corrida", isto porque "Da Rua" sabia que o interrogando tem uma moto e faz eventualmente trabalhos de mototáxi; QUE, a moto do interrogando é uma Yamaha modelo YBR ED, 125 cc, placas MEB 1388, cor vermelha, com dois capacetes vermelhos, sendo um capacete aberto, modelo boné e outro fechado, ambos com viseira; QUE, o interrogando combinou de encontrar "Da Rua" e o rapaz que lhe seria apresentado no Bar Trekus, na Av. Camões, próximo à Panificadora Müller; QUE, por volta de 19h ou 19h15min o interrogando estava no Bar Trekus; QUE, o interrogando foi apresentado a um rapaz, de aproximadamente 16 ou 17 anos, branco, aproximadamente 1,75m a 1,78m, cabelos castanhos bem curtos mas não raspados, trajando bermuda marrom, sapato marrom, camiseta e boné amarelos; [...] Que, soube pelo rapaz que o mesmo é foragido de um Centro de Internação de adolescentes infratores; Que, o rapaz combinou com o declarante de fazer um assalto à Padaria Santa Marta, na Av. Presidente Vargas, na descida para o bairro Penha; Que, o interrogando iria fazer somente o transporte, ficando parado na esquina enquanto o rapaz fazia o assalto e voltava à moto para a fuga do local; [...] QUE, o interrogando saiu do bar Trekus e foi abastecer a moto; QUE, quando voltou, uns dez minutos após, o rapaz havia trocado de roupas e estava de calça jeans e tênis branco e jaqueta de cor cinza ao que se recorda; [...] QUE, ficaram girando nas proximidades e perceberam que uma mercearia na Rua Campos Sales estava com pequeno movimento e em condições de ser assaltada; QUE, o interrogando deixou o assaltante na esquina próximo à mercearia e ficou esperando; QUE, o rapaz entrou na mercearia, não sabendo dizer o interrogando se com ou sem a touca que levava consigo; [...] QUE o rapaz ficou na mercearia mais ou menos um minuto; QUE, o interrogando ouviu um disparo de arma de fogo e ficou muito assustado, pensando que o rapaz havia sido atirado; QUE, em seguida o rapaz voltou à moto do interrogando e explicou que um senhor que estava na mercearia, quando o rapaz anunciou o assalto, havia dito ao rapaz que aquela arma nem funcionava, motivo pelo qual o rapaz deu um tiro no chão, para provar que não estava de brincadeira; QUE, o interrogando ficou muito nervoso e abandonou o rapaz algumas quadras adiante, próximo à casa do Samuca (Samuel dos Santos); QUE, o rapaz disse que roubou R\$ 11,00 (onze reais) e deu ao interrogando R\$ 5,00 (cinco reais); QUE, o interrogando saiu nervoso e deu umas voltas para "desbaratinar"; [...]

QUE, nega qualquer participação no assalto da Padaria Müller [...] (fls. 14-15 – *sic*) (sem grifos no original).

O policial civil Júlio César de Oliveira ratificou a versão sustentada pelo adolescente, relatando que Mayckon e Samuel tramaram conjuntamente os assaltos, enquanto Alexandre transportou J. R. M. aos estabelecimentos vitimados:

[...] Desde o início da Festa do Pinhão começaram a ocorrer diversos assaltos a mão armada em estabelecimentos comerciais na cidade; *sendo que as informações eram de que os autores seriam Samuel e Maycon* [...]; que a suspeita continuou em relação a Samuel e Maycon; que o executor sempre trocava, *mas as informações eram de que Samuel e Maycon quem tramavam os assaltos*; [...] no mesmo dia, por volta de 21h, tomaram conhecimento do latrocínio ocorrido na padaria Müller e, que os autores correram para o Bairro Santa Maria; que o Policial Sebastião estava em um bar próximo, sendo que não viu os fatos, mas foi até o Bairro Santa Maria, onde viu uma motocicleta em frente à casa de Samuel, tendo anotado a placa e repassado ao depoente; de posse de placa, chegaram até o acusado Alexandre; [...] *Que Alexandre disse que fez uma corrida de moto para Maycon, dizendo que Maycon estava com outro rapaz, a quem não conhecia; Que Alexandre disse que Maycon disse a ele que o menor J. R. M. ia efetuar roubos e que Alexandre não iria se envolver, apenas o transportaria* [...]; *Maycon determinou que o primeiro local a ser assaltado seria a padaria Muller*; [...] (fls. 305-306 – *sic*) (grifou-se).

O Laudo Pericial n. 222/07-ED, acostado às fls. 417-422, combinado ao relatório de diligências (fls. 431-435) e à declaração de J. A. R., namorada de Mayckon, confirmam que este último ligou para Alexandre de telefones públicos localizados em locais próximos aos estabelecimentos vítimas, em momentos anteriores aos fatos, situação que evidencia que o acusado previamente selecionava os alvos propícios aos assaltos e os indicava aos comparsas Alexandre e J. R. M.

A testemunha Ruan Diego Santos da Silva consignou que, momentos antes do cometimento do segundo crime narrado na denúncia, presenciou o momento em que Mayckon solicitou à vítima que lhe trocasse um cheque.

Assinalou, ainda, que Samuel e Mayckon estavam, durante o cometimento do crime à panificadora Müller, na lanchonete denominada Trekos, situada ao lado da padaria vitimada (fl. 233), o que evidencia o monitoramento, *in loco*, da ação delinqüencial.

A menor J. A. R. ratificou, ainda, dando credibilidade à versão do adolescente infrator, que Samuel dos Santos emprestou suas roupas àquele.

À fl. 312v., G. dos S., irmão de Samuel, confirmou que Alexandre esteve em sua casa na companhia de um terceiro e lhe entregou uma arma de fogo, a qual, segundo o próprio Samuel, era de sua propriedade, conforme observado por ele quando oitivado perante a autoridade policial (fl. 39).

Por fim, Deodete Terezinha Müller, irmã da vítima do latrocínio, registrou que Mayckon tentou dificultar as investigações ao descrever de forma errônea a pessoa do executor do assalto:

[...] após os fatos, Maycon entrou na padaria acompanhado de uma moça, oportunidade em que passou a dar a descrição da pessoa que havia saído da padaria, alegando que a tinha visto, mas a descrição dada por ele era totalmente diversa da descrição do rapaz que saiu da padaria e passou em frente da informante. [...] (fl. 306v. – *sic*).

Em suma, as provas devidamente concatenadas e enredadas, como bem asseverado pelo Togado, fornecem os elementos necessários de como os fatos se sucederam:

Samuel e Mayckon propuseram a J. R. M. o cometimento dos crimes e, em seguida, telefonaram para Alexandre, o qual trouxe a droga para o menor e o conduziu até a panificadora Santa Marta.

Ao atestar que referido local encontrava-se com muita movimentação, fizeram o retorno e, no caminho, resolveram assaltar a mercearia Soffiatti, face a observação de que esta não possuía grande fluxo de pessoas.

Após, consumado o primeiro delito, entraram em contato com os co-autores Mayckon e Samuel, os quais não acreditaram no ínfimo

valor arrecadado e, então, Mayckon, sob a desculpa de trocar um cheque, esteve na Padaria Müller, observou sua movimentação e telefonou para Alexandre, determinando que praticassem o assalto naquele estabelecimento, permanecendo ao lado do local e examinando o fiel cumprimento de sua ordem, tanto que depois da prática do delito, entrou na padaria Müller alegando ter visto a pessoa do assaltante e lhe descrevendo de forma errônea, tentando dificultar as investigações (fls. 521-522 – *sic*).

Nessa alheta, impende ressaltar a total irrazoabilidade dos pleitos aduzidos por Mayckon, de reconhecimento do disposto no art. 29, § 2º, do Código Penal (participação de menor importância), e por Samuel, de reconhecimento das figuras previstas no art. 29, §§ 1º e 2º, do Digesto Repressivo (participação de menor importância e cooperação dolosamente distinta).

Os institutos mencionados assim estão vazados:

§ 1º — Se a participação for de menor importância, a pena pode ser diminuída de um sexto a um terço.

§ 2º — Se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena deste; essa pena será aumentada até metade, na hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave.

É que ambos os recorrentes tiveram participação decisiva e estrutural nos crimes narrados na denúncia, concorrendo substancialmente para o desfecho dos fatos, inclusive para o latrocínio ocorrido na Panificadora Müller.

Ora, se não fosse por Mayckon e Samuel, talvez nenhum dos crimes tivesse sequer sido cogitado. Como visto na detalhada narrativa dos fatos já exposta neste acórdão, foram os dois apelantes que arquitetaram o plano de, por meio de um menor inimputável, realizar assaltos a estabelecimentos na região do bairro Coral, na cidade de Lages/SC. Também foram os dois que: a) escolheram os locais a serem assacados, monitorando de perto as ações delinqüenciais; b) mantiveram contato com o menor J. R. M., recém-

foragido de um estabelecimento de recuperação de drogas; c) forneceram vestimentas, armas e drogas; e d) disponibilizaram o transporte, que ficou sob a responsabilidade do mototaxista e também acusado Alexandre.

Em síntese, a atuação de ambos foi mais do que determinante para a prática dos crimes, pelo que não se pode falar, outrossim, que nenhum dos dois pretendeu participar do latrocínio, uma vez que, ao cooptarem um adolescente recém-foragido de um local para tratamento de psicotrópicos, fornecendo-lhe entorpecentes e armas de fogo para a perpetração dos roubos, era perfeitamente previsível o resultado latrocida. Não pode, dessa forma, ser acatada a tese de que o roubo seguido de morte não era esperado. Em outras palavras, houve plena assunção dos apelantes Mayckon e Samuel do risco do pior dos resultados, o que, *in casu*, veio a acontecer na segunda ação delituosa.

Logo, devem ser rechaçadas por inteiro as teses ora postuladas, haja vista que Mayckon e Samuel, agindo como agiram, concorreram diretamente para os crimes, pelo que deve responder, cada qual, às penas cominadas, na medida de suas respectivas culpabilidades, consoante disserta o art. 29, *caput*, do Código Penal:

Art. 29 — Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade.

A propósito, esta colenda Câmara, em caso assemelhado, já se manifestou:

[...] LATROCÍNIO. PRETENSÃO DO CO-RÉU DE CARACTERIZAR COOPERAÇÃO DOLOSAMENTE DISTINTA. IMPOSSIBILIDADE. CONFISSÃO EM AMBAS AS FASES DO PROCEDIMENTO, EVIDENCIANDO A ASSOCIAÇÃO CONSCIENTEMENTE DIRIGIDA À PRÁTICA DOS ROUBOS. CONHECIMENTO DE QUE O COMPARSA ESTAVA ARMADO. ASSUNÇÃO DOS RISCOS INERENTES À ATIVIDADE CRIMINOSA. IRRELEVÂNCIA DO FATOS DOS DISPAROS HAVEREM SIDO EFETUADOS PELO PARCEIRO.

"A figura típica do latrocínio, que é crime complexo (homicídio + roubo), não exige que o evento morte esteja nos planos do agente. Basta que ele empregue violência para roubar e que dela resulte a morte. Assim, mesmo que o ato de agressão fatal tenha sido praticado por um só dos comparsas, a responsabilidade pelo latrocínio alcança a todos" (RT 719/409).

PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA. INOCORRÊNCIA. INVIABILIDADE DA REDUÇÃO DA REPRIMENDA.

Quando a conduta do co-réu, que participou ativa e eficazmente da perpetração do roubo e do latrocínio, é de fundamental importância para o êxito da empreitada criminosa, não se o pode beneficiar com a causa geral de diminuição da pena estampada no art. 29, § 1º, do Código Penal (Ap. Crim. n. 2001.022357-0, da Capital, rel. Des. Sérgio Paladino).

De outra banda, também não procedem as argumentações de Samuel, no sentido de que ocorreu continuidade delitiva entre os delitos, e de Alexandre, para que o roubo seja encarado em sua modalidade simples.

A primeira naufraga porque, apesar de os crimes de roubo e latrocínio serem delitos do mesmo gênero, não são da mesma espécie, pois têm elementos objetivos e subjetivos diversos. Enquanto o roubo engloba condutas de subtração e constrangimento, o latrocínio acrescenta o elemento morte da vítima, de modo que não há, portanto, homogeneidade nos atos de execução, circunstância que torna imprescindível a aplicação do concurso material entre os crimes.

Nessa senda, o Superior Tribunal de Justiça, amparado em precedentes do Pretório Excelso, decidiu:

[...] III. Não se aplica a continuidade delitiva entre os crimes de roubo e latrocínio, eis que, apesar de serem do mesmo gênero, não são da mesma espécie, pois possuem elementos objetivos e subjetivos distintos, não havendo, portanto, homogeneidade de execução. Precedentes desta Corte e do STF. IV. No delito de roubo, a objetividade jurídica do tipo penal é o patrimônio, ao passo que, no delito de

latrocínio, por sua vez, busca-se proteger, além do patrimônio, a vida da vítima, incidindo a regra do concurso material. Precedentes. [...] (HC n. 68.137/RJ, rel. Min. Gilson Dipp, Quinta Turma, julgado em 6-2-2007, DJ 12-3-2007, p. 294).

O entendimento deste Tribunal não discrepa:

[...] CRIME CONTINUADO. ART. 71, *CAPUT*, DO CÓDIGO PENAL. PRETENDIDO RECONHECIMENTO ENTRE ROUBO E LATROCÍNIO. IMPOSSIBILIDADE. DELITOS DE MESMA NATUREZA, MAS DE ESPÉCIES DISTINTAS. CÚMULO MATERIAL QUE DEVE PREVALECER. Em que pese ao fato do latrocínio e do roubo constituírem-se em crimes do mesmo gênero, não são da mesma espécie, circunstância que obsta o reconhecimento da continuidade delitiva entre eles. [...] (Ap. Crim. n. 2004.029749-2 (1ª Vara Criminal), da comarca de Blumenau, rel. Des. Sérgio Paladino).

De igual modo, a segunda argüição carece de qualquer substrato, pois, como cabalmente ilustrado no processado a partir das palavras do menor J. R. M. e das vítimas (fls. 307 e v.), o roubo foi circunstanciado pelo emprego de arma de fogo e pelo concurso de pessoas.

Por outro lado, incumbe frisar que a apreensão da arma de fogo não constitui fator necessário ao reconhecimento da circunstância delineada no art. 157, § 2º, inc. I, do Código Penal, consoante pacífico entendimento desta Corte:

[...] CAUSAS ESPECIAIS DE AUMENTO DE PENA. EMPREGO DE ARMA. PRETENDIDA DESCONSIDERAÇÃO PELO FATO DE NÃO TER OCORRIDO A SUA APREENSÃO. PROVA ORAL QUE DEMONSTRA A RESPECTIVA EXISTÊNCIA. IRRELEVÂNCIA. A configuração do roubo circunstanciado pelo emprego de arma prescinde da respectiva apreensão, se a prova, inclusive a testemunhal, demonstrar inequivocamente a circunstância. [...] (Ap. Crim. n. 2007.064628-5, de Joinville, rel. Des. Sérgio Paladino).

Por fim, no tocante ao pleito de redução de pena manejado unicamente por Samuel dos Santos, relega-se a sua apreciação após o exame do apelo ministerial, que passa a ser analisado a partir de agora.

Relembrando, o Promotor de Justiça, em suas razões, pugnou pela reforma da sentença para ver os acusados condenados também pela prática descrita no delito do art. 288, parágrafo único, do Código Penal. Pretendeu, ainda, o aumento das penas irrogadas, com a aplicação, na terceira etapa da dosimetria, do acréscimo de 1/2 (metade), consoante entendimento do Supremo Tribunal Federal, ou de 3/8, de acordo com a jurisprudência deste Tribunal de Justiça, bem como a incidência do art. 92, inc. III, do Digesto Repressivo (inabilitação para dirigir veículo, quando utilizado como meio para a prática de crime doloso), em relação ao apenado Alexandre.

Quanto à pretendida condenação dos acusados às penas do delito de formação de quadrilha ou bando armados, tem-se que o reclamo não prospera.

O art. 288 e seu parágrafo único assim estão vazados:

Art. 288 — Associarem-se mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer crimes:

Pena — reclusão, de um a três anos.

Parágrafo único — A pena aplica-se em dobro, se a quadrilha ou bando é armado.

Com efeito, de uma simples leitura vislumbra-se que o delito em destaque exige, para a sua configuração, a associação estável e permanente de pelo menos 4 (quatro) pessoas, e podem neste rol estar inseridos indivíduos menores de idade, desde que todos estejam organizados para o fim de cometerem crimes.

A propósito, acerca da natureza do vínculo associativo, já decidiu esta Corte:

[...] Para a configuração do crime de formação de quadrilha ou bando é preciso, além do número de participantes superior a três, que entre eles exista vínculo associativo permanente e estável, visando à prática delituosa. [...] (Ap. Crim. n. 2007.056932-3, da Capital, rel. Des. Sérgio Paladino).

[...] O crime de quadrilha constitui ilícito autônomo, que independe da efetiva prática de outros crimes. Desta forma, *a união de mais de três pessoas, de forma estável e permanente, estando presente a cogitação e a preparação de delitos, caracteriza o tipo penal do artigo 288 do Estatuto Repressivo.* [...] (Ap. Crim. n. 2007.009309-9, de Balneário Camboriú, rel. Des. Amaral e Silva, grifou-se).

E sobre a possibilidade de inimputáveis fazerem parte do número legal de participantes, coleta-se:

TJSP: "A organização com características de estabilidade com mais de três pessoas com o intuito de praticar crimes configura o delito de quadrilha ou bando, sendo irrelevante que dentre os integrantes do bando figure um menor ou haja impossibilidade de identificação de alguns dos componentes do número mínimo" (RT 748/627).
[...] TACRSP: "A configuração do delito do art. 288 não exige o concurso de quatro pessoas imputáveis" (JTACRIM 44/172). (MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código penal interpretado*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 2.129).

Todavia, não há, no caderno processual, comprovação do número legal mínimo para a composição da quadrilha ou bando, uma vez que, apesar de o adolescente J. R. M. ter efetivamente executado as ações criminosas descritas na vestibular acusatória em concurso com os três apelados, sua participação foi apenas em caráter eventual, pois, segundo se colhe de sua confissão na etapa administrativa (fls. 24-25) e nos Autos n. 039.06.010294-0 (fls. 195-197), o menor recentemente havia fugido do Centro de Reabilitação Nossa Senhora das Graças na época da prática das infrações penais, enquanto os acusados já vinham sendo investigados há algum tempo, como assinalado pelo policial Júlio César de Oliveira (fls. 305-306).

Logo, por não estar demonstrado o vínculo associativo permanente e estável entre os três réus e o adolescente, circunstância necessária para o cômputo do número mínimo de 4 (quatro) agentes para a caracterização da quadrilha, inviável se apresenta a acolhida da irresignação.

Doutro vértice, merece guarida a pretensão de majoração da pena impingida aos recorridos pela prática do crime de roubo.

Isso porque o Magistrado, ao se manifestar sobre o acréscimo de pena efetuado na terceira etapa da dosagem penal, incrementou a reprimenda em 1/3 (um terço), em virtude da reconhecimento das duas causas especiais de aumento de pena – emprego de arma e concurso de pessoas.

Entretanto, é entendimento assente deste Sodalício que "[...] Quando se trata de roubo duplamente circunstanciado, a pena deve ser aumentada de 3/8 (três oitavos) na terceira fase. [...]" (Ap. Crim. n. 2007.061027-3, de Itajaí, rel. Des. Amaral e Silva).

Nesse exato sentido:

PENA CRIMINAL — ROUBO — DUAS CAUSAS DE ESPECIAL AUMENTO DE PENA (CONCURSO DE PESSOAS E RESTRIÇÃO À LIBERDADE DA VÍTIMA) — ACRÉSCIMO DE 3/8 (TRÊS OITAVOS) — ADEQUAÇÃO, DE OFÍCIO (Ap. Crim. n. 2003.012157-9, de São José, rel. Des. Irineu João da Silva).

É que,

para se chegar a uma reprimenda justa, o sentenciante deve observar o intervalo correspondido entre o mínimo e o máximo e variar a graduação de acordo com o número de causas especiais de aumento, e como estas são em número de cinco, a majoração será: de 1/3, se presente uma causa, de 3/8, se presentes duas causas; de 5/12, se presentes três causas; de 7/16, se presentes quatro causas, e de 1/2 se presentes as cinco causas especiais de aumento (voto vencido) (RJTACRIM 36/304).

Como dito acima, extrai-se da sentença que o Magistrado, ao reconhecer as duas causas de especial aumento de pena previstas nos incs. I e II do § 2º do art. 157 do Código Penal, elevou a reprimenda imposta aos réus em apenas 1/3 (um terço).

No entanto, seguindo a orientação jurisprudencial acima explicitada, o adequado seria a aplicação do aumento de 3/8 (três oitavos), pois presentes duas causas de aumento de pena na terceira fase da dosagem penal.

Assim, a readequação da reprimenda imposta aos recorridos pela prática do crime de roubo duplamente circunstanciado, na fração praticada por este Tribunal, isto é, em 3/8 (três oitavos), é medida que se impõe.

Por fim, a insurgência do *Parquet*, que tenciona a aplicação ao apelado Alexandre, como efeito secundário de sua condenação, da penalidade de inabilitação para dirigir veículo, prevista no art. 92, inc. III, do Código Penal, não merece êxito.

De fato, a previsão normativa em comento dispõe como efeito não principal da condenação "[...] a inabilitação para dirigir veículo, quando utilizado como meio para a prática de crime doloso".

Contudo, a hipótese *sub examine* discrepa da situação preconizada no dispositivo, uma vez que, embora os crimes perpetrados pelo réu tenham sido dolosos, a motocicleta empregada nos assaltos não foi utilizada como meio para a execução dos crimes; foi tão-somente um elemento circunstancial, isto é, não primordial para a consumação dos ilícitos.

Nessa senda, destaca-se da jurisprudência Gaúcha:

[...] INABILITAÇÃO PARA DIRIGIR VEÍCULO PORQUE UTILIZADA PELO RÉU UMA MOTOCICLETA PARA A PRÁTICA DO CRIME. INAPLICABILIDADE AO CASO DO EFEITO SECUNDÁRIO DA SENTENÇA REGULADO NO ART. 92, INCISO III, DO CÓDIGO PENAL. Meio para a prática de crime doloso está posto na lei como sinônimo de instrumento,

do qual decorre, diretamente, o resultado criminoso. Instrumento, ou meio, no sentido da lei, é, por exemplo, a faca ou a arma de fogo utilizada para matar ou causar lesão corporal em alguém. É a corda utilizada para enforcar, a substância abortiva ou a ferramenta empregada para praticar aborto. — Neste sentido, veículo utilizado para a prática de crime doloso é aquele que serve de instrumento para, *v.g.*, matar propositadamente, atropelando a vítima. — No caso, a motocicleta utilizada pelo réu na prática delituosa é elemento accidental, circunstancial, do crime praticado. Não é, rigorosamente, o instrumento de cuja utilização decorreu diretamente o resultado criminoso. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA (Ap. Crim. n. 70016165334, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, rel. Ranolfo Vieira, j. em 25-10-2006).

[...] A penalidade do inciso III do artigo 92 do Código Penal — a inabilitação para dirigir veículo, quando utilizado como meio para a prática de crimes dolosos — só deve incidir quando tais ilícitos dolosos tenham relação com aqueles praticados na própria condução de automotores. [...] (Ap. Crim. n. 70017286709, Sexta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, rel. Nereu José Giacomolli, j. em 12-4-2007).

Logo, inviável se apresenta a acolhida do pedido ministerial nesse aspecto.

Por fim, efetuada a análise integral do recurso do representante do *Parquet*, torna-se a examinar o pedido de redução de pena aduzido por Samuel dos Santos, o qual merece parcial acolhimento.

Relativamente à pena-base fixada para o crime de roubo, tem-se que esta foi escorreitamente determinada pelo Togado, que, com espeque no art. 59 do Código Penal, aplicou-a em patamar um pouco acima do mínimo legal, ou seja, em 4 (quatro) anos e 3 (três) meses de reclusão, além de 10 (dez) dias-multa, porquanto são desfavoráveis as circunstâncias judiciais do acusado, especialmente em face de sua reprovável conduta social, saturada por um extenso rol de 43 (quarenta e três) registros de atos infracionais, e de sua distorcida personalidade, voltada para a prática de delitos contra o patrimônio, se não vejamos:

[...] Culpabilidade – O agente tinha capacidade plena na época dos fatos, considerando que a saúde mental é normal e que ele tinha consciência da ilicitude do ato.

Antecedentes – Muito embora não seja reincidente, possui um extenso rol de autos de atos infracionais (ao total de quarenta e três).

Conduta Social – Denota-se reprovável uma vez que desde sua adolescência jamais respeitou o patrimônio alheio.

Personalidade – Revela-se distorcida, voltada para a prática de delitos contra o patrimônio e com emprego de violência.

Motivo – Foi obtenção de dinheiro fácil em detrimento do patrimônio e da vida de outrem.

Circunstâncias — O acusado forneceu os meios (vestes e armas) e ajudou na elaboração dos crimes.

Conseqüências – Foram as mais graves possíveis, vez que houve disparo de arma de fogo nos dois delitos resultando em um deles na morte de Marli Müller.

Contribuição da Vítima – As vítimas em nada contribuíram para a conduta criminosa. [...].

Contudo, na segunda fase dosimétrica, malgrado não haja a incidência de circunstâncias agravantes, observa-se que o recorrente faz jus à atenuante da menoridade, pois contava 18 (dezoito) anos de idade à época dos fatos, consoante se infere da denúncia e da cópia do documento de identidade acostada à fl. 41.

Por tal razão, mitiga-se a reprimenda relativa ao crime de roubo para 4 (quatro) anos de reclusão.

Relativamente à terceira etapa dosimétrica, verifica-se que o Togado reconheceu as causas especiais de aumento de pena referentes ao emprego de arma e ao concurso de pessoas e fez incidir sobre a pena a fração de 1/3 (um terço).

Nada obstante, como visto linhas acima, em virtude do parcial provimento do reclamo ministerial, impõe-se a aplicação do índice fracionário de 3/8 (três oitavos), pacificamente adotado por este Tribunal de Justiça nestes casos, em substituição àquele aplicado pelo Magistrado.

Em sendo assim, ante a operação supra-operada e por inexistir outras causas gerais ou especiais de aumento ou de diminuição de pena, torna-se definitiva a reprimenda de Samuel dos Santos em 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão e pagamento de 13 (treze) dias-multa pela prática do crime previsto no art. 157, § 2º, incs. I e II, do Código Penal.

Quanto à sanção corporal relativa ao latrocínio, tem-se que esta deve ser mantida inalterada, isto é, em 20 (vinte) anos de reclusão e pagamento de 10 (dez) dias-multa, uma vez que, malgrado reconhecida a atenuante genérica da menoridade na segunda fase dosimétrica, a reprimenda basilar foi, na primeira etapa, fixada no mínimo legal, o que inviabiliza a mitigação da pena, conforme o entendimento sumular contido no Enunciado 231 do Superior Tribunal de Justiça ("A incidência de circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal"). Registra-se, ainda, a ausência, na última fase da dosagem penal, de quaisquer causas gerais ou especiais de aumento ou de minoração da sanção afliativa.

Destarte, aplicando-se a regra do concurso material, somam-se as penas impostas, quantificando-se definitivamente a reprimenda irrogada a *Samuel dos Santos em 25 (vinte e cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão e pagamento de 23 (vinte e três) dias-multa, pela prática dos crimes estatuidos no art. 157, § 2º, incs. I e II, e no art. 157, § 3º, in fine, ambos do Código Penal*, mantidas as demais cominações dispostas na sentença.

No tocante às reprimendas impostas aos demais réus, tem-se que estas também precisam ser atualizadas, o que se faz nos seguintes moldes:

Relativamente ao delito de roubo circunstanciado pelo emprego de arma e pelo concurso de pessoas, Mayckon Neto e Alexandre Correa Pe-

droso tiveram, na primeira fase da dosimetria, suas respectivas penas fixadas no mínimo legal, isto é, em 4 (quatro) anos de reclusão e pagamento de 10 (dez) dias-multa.

Na segunda etapa, embora o Magistrado nada tenha assinalado a seu respeito, urge reconhecer em favor de ambos os infratores a atenuante da menoridade, já que ambos contavam 20 anos de idade na ocasião da prática delinqüencial, consoante se depreende dos dados contidos na exordial acusatória, na cópia do documento de identidade de Alexandre Correa Pedroso (fl. 20) e nas informações de identificação civil de Mayckon Neto, obtidas na Secretaria de Segurança Pública (fl. 48).

Impende reconhecer, ainda, de ofício, unicamente em favor de Alexandre, a atenuante da confissão espontânea, no concernente ao delito de roubo duplamente circunstanciado, já que este admitiu, na etapa indiciária, ter realizado o transporte e facilitado a fuga do menor J. R. M. no assalto ocorrido na Merceria Soffiatti (fls. 14-15).

Contudo, apesar de reconhecidas, as benesses em comento não têm o condão de causar a diminuição nas sanções dos acusados, pois, como visto anteriormente no cálculo da pena do co-réu Samuel dos Santos, o Enunciado 231 da Súmula do Tribunal da Cidadania impede que a incidência de atenuantes reduza a sanção a patamar abaixo do mínimo cominado no tipo penal.

Relativamente à derradeira etapa dosimétrica, verifica-se que o Togado reconheceu as causas especiais de aumento de pena referentes ao emprego de arma e ao concurso de pessoas e fez incidir sobre as respectivas penas a fração de 1/3 (um terço).

Nada obstante, como visto alhures, em virtude do parcial provimento do reclamo ministerial, impõe-se a aplicação do índice fracionário de 3/8 (três oitavos), pacificamente adotado por este Tribunal de Justiça nestes casos, em substituição àquele aplicado pelo Magistrado.

Em sendo assim, ante a operação supra-operada e por inexistir outras causas gerais ou especiais de aumento ou de diminuição de pena, tornam-se definitivas as reprimendas individuais de Mayckon Neto e Alexandre Correa Pedroso em 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão e pagamento de 13 (treze) dias-multa pela prática do crime previsto no art. 157, § 2º, incs. I e II, do Código Penal.

Quanto às sanções relativas ao latrocínio, tem-se que estas devem permanecer inalteradas, isto é, em 20 (vinte) anos de reclusão e pagamento de 10 (dez) dias-multa para cada réu, uma vez que, malgrado reconhecida a atenuante genérica da menoridade em favor de Alexandre e de Mayckon na segunda fase dosimétrica, a reprimenda basilar de ambos foi, na primeira etapa, fixada no mínimo legal, o que inviabiliza a mitigação da pena, conforme o entendimento sumular contido no Enunciado 231 do Superior Tribunal de Justiça ("A incidência de circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal"). Registra-se, ainda, a ausência, na última fase da dosagem penal, de quaisquer causas gerais ou especiais de aumento ou de minoração da sanção afitiva.

Destarte, aplicando-se a regra do concurso material, somam-se as penas impostas, quantificando-se definitiva e individualmente as reprimendas irrogadas a *Mayckon Neto e Alexandre Pedroso Correa em 25 (vinte e cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão e pagamento de 23 (vinte e três) dias-multa, pela prática dos crimes estatuídos no art. 157, § 2º, incs. I e II, e no art. 157, § 3º, in fine, ambos do Código Penal*, mantidas as demais cominações dispostas na sentença.

DECISÃO

Ante o exposto, em Segunda Câmara Criminal, por unanimidade, dá-se parcial provimento aos apelos do Ministério Público e do réu Samuel dos Santos, para o fim de adequar as reprimendas impostas, tornando-se

definitivas as penas individuais de *Mayckon Neto, Alexandre Correa Pedroso e Samuel dos Santos em 25 (vinte e cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão e pagamento de 23 (vinte e três) dias-multa, pela prática dos crimes estatuidos no art. 157, § 2º, incs. I e II, e no art. 157, § 3º, in fine, ambos do Código Penal*, mantidas as demais cominações dispostas na sentença.

O julgamento, realizado no dia 24 de junho de 2008, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Sérgio Paladino, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Irineu João da Silva.

Florianópolis, 24 de junho de 2008.

Tulio Pinheiro
RELATOR

TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL

HABEAS CORPUS

Habeas Corpus n. 2008.025909-2, da Capital

Relator: Des. Torres Marques

HABEAS CORPUS. PACIENTE COM DENÚNCIA POR CRIME DE HOMICÍDIO QUALIFICADO (ART. 121, § 2º, III E V, DO CP), OCULTAÇÃO DE CADÁVER (ART. 211 DO CP) E FURTO QUALIFICADO (ART. 155, § 4º, IV, DO CP). PRISÃO PREVENTIVA. ALEGAÇÃO DE QUE ESTÃO AUSENTES OS REQUISITOS DO ART. 312 DO CPP. DECISÃO ALICERÇADA NA EXIGÊNCIA DE ACAUTELAR A ORDEM PÚBLICA E ASSEGURAR A APLICAÇÃO DA LEI PENAL. NECESSIDADE DE FORNECER CREDIBILIDADE À JUSTIÇA DIANTE DO SOBRESSALTO CAUSADO PELOS FATOS PRATICADOS NA COMUNIDADE LOCAL, QUE NÃO DEVE SER CONFUNDIDA COM O CLAMOR SOCIAL DECORRENTE DO APELO DA MÍDIA. PACIENTE ESTRANGEIRO, SEM OCUPAÇÃO LÍCITA E SEM VÍNCULO COM O DISTRITO DA CULPA. ENTREGA DO PASSAPORTE QUE NÃO ELIDE A POSSIBILIDADE DE EVASÃO. PRESSUPOSTOS DA PREVENTIVA EXAUSTIVAMENTE COMPROVADOS.

"[...] 1. Sendo indubitosa a prática do crime e presentes suficientes indícios de sua autoria por estrangeiro, não será arbitrária, abusiva nem tampouco absurda, a assertiva judicial de que, em liberdade, o agente se furtará à aplicação da lei penal, sendo de extrema valia, para a verossimilhança de tal afirmação, a natureza

do delito, as condições em que o foi praticado, a personalidade do agente e sua facilidade para evadir-se do País [...]" (HC n. 86.112, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 5ª Turma, j. 21-2-2008).

ORDEM DENEGADA.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* n. 2008.025909-2, da comarca da Capital (1ª Vara Criminal), em que são impetrantes Cláudio Gastão da Rosa Filho e Flávia Cardoso Meneghetti, e paciente Toni Antti Juhani Hakala:

ACORDAM, em Terceira Câmara Criminal, por unanimidade, denegar a ordem. Sem custas.

RELATÓRIO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado pelos advogados Cláudio Gastão da Rosa Filho e Flávia Cardoso Meneghetti, em favor do paciente Toni Antti Juhani Hakala, contra ato tido como ilegal do MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal da comarca da Capital.

Aduziram os impetrantes (fls. 2-24) que o decreto de prisão preventiva lavrado em desfavor do paciente está carente de fundamentação hábil a justificar a medida excepcional.

Aludiram que o clamor público não legitima a prisão cautelar e que a conveniência da instrução criminal não está em risco, porquanto o Magistrado não apontou fato específico sobre essa circunstância.

Pugnaram, assim, pela concessão da ordem em caráter liminar e pela sua posterior confirmação pelo Colegiado, bem como pela dispensa das informações.

Indeferido o pleito liminar (fls. 431-432) e dispensadas as informações, foram os autos à Procuradoria-Geral de Justiça, que opinou (fls. 436-441) pela denegação da ordem.

VOTO

Trata-se de *habeas corpus* impetrado contra decisão que decretou a segregação preventiva do paciente, atualmente denunciado pela prática dos delitos descritos nos arts. 121, § 2º, III e V, 211 e 155, § 4º, IV, todos do Código Penal.

A autoridade apontada como coatora, após especificar a existência de prova de materialidade e os indícios de autoria, assinalou (fls. 421-423):

[...] Neste contexto, a segregação cautelar de ambos afigura-se necessária, seja para garantia da ordem pública, seja por conveniência da instrução criminal, seja, finalmente, para assegurar a aplicação da lei penal.

Com efeito, tratam-se de infrações penais de extrema gravidade, praticadas sucessivamente e que causaram expressiva repercussão, de sorte que cumpre precaver o meio social em que foi perpetrado e mais do que isso, responder adequadamente aos anseios da sociedade, que como alhures dito, encontra-se farta de impunidade.

A autoridade policial relata possível envolvimento do primeiro indiciado com o tráfico internacional de drogas, que estaria sendo investigado pela Polícia Federal, constando informação proveniente da embaixada da Finlândia, seu país de origem, no sentido de que é procurado pela respectiva polícia justamente pela prática de crimes desta natureza.

Ambos são estrangeiros e nada os prende ao distrito da culpa, constando, ademais, que, o primeiro permanece irregularmente no país, tanto que inicialmente admitiu à autoridade policial que chegou a receber dinheiro proveniente do exterior em uma conta bancária a vítima porque “quaisquer valores que recebesse seriam retidos pelo Banco Central, em razão de o seu visto estar vencido”, e há notícia de que o segundo, tão logo prestou suas declarações à autoridade policial, retornou à terra natal. [...].

Como se vê, o Magistrado alicerçou sua decisão na necessidade de acautelar a ordem pública e assegurar a aplicação da lei penal, nos termos do art. 312 do CPP.

Inicialmente, cumpre ponderar que não há uma definição legal acerca da expressão "garantia da ordem pública".

A doutrina e a jurisprudência pátrias entendem que em cada caso ela deve ser analisada conforme suas especificidades, sempre se atentando ao princípio da presunção de inocência. Porém, sabe-se que a relativização desse preceito é necessária em situações excepcionalíssimas.

Segundo Eugênio Pacelli de Oliveira, os fatos penais não devem ser apreciados apenas de forma abstrata, mas também deve ser buscada sua concretização:

Com efeito, haverá, como já houve, situações em que a gravidade do crime praticado, revelada não só pela pena abstratamente cominada ao tipo, mas também pelos meios de execução, quando presentes a barbárie e o desprezo pelo valor ou bem jurídico atingido, reclame uma providência imediata do Poder Público, sob pena de se pôr em risco até mesmo a legitimidade do exercício da jurisdição penal (*Curso de processo penal*. 6. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 436).

De outro lado, percebe-se que o clamor social também é outro argumento normalmente utilizado como decorrência da ordem pública.

O clamor social deve ser observado sob dois aspectos: o representado pela comum reação popular diante de crimes bárbaros e o que é fruto do sensacionalismo provocado pela mídia.

Ocorre que a influência exercida pelos meios de comunicação deve ser examinada com cautela. A mídia é a responsável pela disseminação de notícias em massa e, caso o maior ou menor grau de comoção social, representado pela quantidade e teor das notícias e reportagens veiculadas,

seja entendido como justificador da presença da necessidade de garantia da ordem pública, as restrições de direitos ficariam ao critério daquela.

No concernente ao clamor social dito "virgem", aquele decorrente dos valores e princípios relevantes para os cidadãos individualmente, despidos de influências exteriores, a garantia da ordem pública, segundo Edilson Mougénou Bonfim, prima por reafirmar "a validade e a autoridade da ordem jurídica, posta em cheque (*sic*) pela conduta criminosa e por sua repercussão na sociedade" (*Curso de processo penal*. 2. ed. rev., aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 386).

A credibilidade da justiça pode então ser definida, *lato sensu*, como o senso comum de determinado núcleo social acerca da efetividade das decisões judiciais, não importando, em hipótese alguma, a idéia de que a justiça não existe e de que o processo representa um mero formalismo, desprovido de conteúdo.

Dessa feita, aplicando essas constatações ao caso em voga, conclui-se que a prática em tese de homicídio por esganadura, de uma jovem, seguida da ocultação de seu cadáver em praia deserta, enseja sobressalto não só no seio da sociedade, como no âmago de cada cidadão. Nesse sentido, extrai-se do Superior Tribunal de Justiça:

Resta devidamente fundamentada a custódia cautelar, para a garantia da ordem pública, tendo em vista a periculosidade do recorrente, evidenciada na gravidade concreta e no *modus operandi* da conduta delituosa. (Precedentes) (RHC n. 20.584/SP, rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, j. em 3-4-2007, DJ 4-6-2007, p. 380).

Por essas razões, a soltura do paciente colocaria em dúvida a efetividade da Justiça.

Mas não é esse o único nem o principal fundamento da segregação de Toni Antti Juhani Hakala, uma vez que, como assinalado anteriormente,

o Togado ainda alicerçou a decisão na necessidade de assegurar a aplicação da lei penal.

Esse requisito, sem sombra de dúvidas, pode ser melhor mensurado do que o anteriormente estudado, pois visa assegurar a aplicação da sanção imputada ao agente em caso de condenação, quando presentes indicativos de que solto ele tentará frustrá-la.

Sobre a garantia da aplicação da lei penal, Fernando Capez atesta:

se o acusado ou indiciado não tem residência fixa, ocupação lícita, nada, enfim, que o radique no distrito da culpa, há um sério risco para a eficácia da futura decisão se ele permanecer solto até o final do processo, diante da sua provável evasão (*Curso de processo penal*. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 266).

Ante o caso em exame, o Togado agiu com acerto ao consignar que o paciente pode fugir e, por conseguinte, frustrar a aplicação da lei penal, uma vez que ele é estrangeiro e não possui ocupação definida no distrito da culpa, o que demonstra a precariedade de seu vínculo com o país, havendo elementos concretos nos autos para arrimar essa assertiva, porquanto o próprio paciente informou ter recebido dinheiro do exterior (fl. 101), o que reflete a falta de fonte de renda decorrente de ocupação lícita em terras brasileiras.

Frágil também é a argumentação de que o paciente, na oportunidade em que teve concedida a ordem de *habeas corpus* em relação à prisão temporária, não demonstrou interesse em deixar o país. Em verdade, ainda que tivesse esse intento, não houve tempo para tanto, já que ficou solto por apenas um dia, e em seguida foi novamente preso em razão de outra prisão temporária – situação analisada no HC n. 2008.022869-5.

Ademais, naquele momento sua situação processual era outra, bem como também era outro o contexto fático, pois ainda não havia sido indiciado e não existia prova material do crime.

É desarrazoada, da mesma forma, a afirmação de que a entrega do passaporte pelo paciente à autoridade judicial, determinada no HC n. 2008.018275-3, fornece a certeza de que ele não se evadirá do país. E essa incerteza funda-se em dois fatores.

O primeiro deles é representado pela vastidão territorial brasileira, bem como pela extensão das fronteiras nacionais. Ora, não é exagero afirmar que o Brasil é um país de área continental, tanto que não faz fronteira com apenas dois países da América do Sul – Chile e Equador.

A região Sul, frise-se, faz limite com os territórios do Uruguai, da Argentina e do Paraguai, oferecendo, assim, uma gama de opções para eventual fuga. A situação do paciente como estrangeiro é irregular, o que permite concluir que, tendo livre acesso aos países fronteiriços, eventual fuga dar-se-ia sem maior dificuldade.

Acresça-se a isso que a entrega de seu passaporte não impossibilita que ele transite livremente entre os estados brasileiros, o que também ensejaria flagrante prejuízo à aplicação da lei penal. Situação análoga já foi analisada pelo Superior Tribunal de Justiça, consoante se extrai do corpo do acórdão proferido no HC n. 86.112, de relatoria do Min. Napoleão Nunes Maia Filho:

[...] Por sua vez, a mera circunstância de entrega do passaporte não elide a possibilidade de evasão. Isso porque, consoante consta dos fatos descritos na denúncia, o indiciado sempre transitou livremente pelo território nacional, fixando domicílio em diversas cidades, a despeito de encontrar-se em situação irregular, demonstrando, conseqüentemente, sua capacidade de, através de documentação falsa, burlar a fiscalização aeroportuária [...].

Como se não bastasse, Tero Valdemar Yijalá, de nacionalidade finlandesa, indiciado juntamente com o paciente pela prática do crime de ocultação de cadáver, também teve sua prisão preventiva decretada;

contudo, há notícia de que não mais está no país e de que retornou para sua terra natal, muito embora antes da prolação do decreto preventivo.

Esse fato corrobora a necessidade da manutenção da segregação preventiva do paciente, de forma que estão presentes os requisitos insculpidos no art. 312 do CPP, principalmente para acautelar a ordem pública e garantir a aplicação da lei penal. Para ilustrar, cita-se a ementa da decisão do STJ acima referida:

HABEAS CORPUS. PRISÃO EM FLAGRANTE DE ESTRANGEIRO. CONTRABANDO OU DESCAMINHO. FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO PÚBLICO. USO DE DOCUMENTO FALSO. ALEGAÇÃO DE INEXISTÊNCIA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES DA MEDIDA EXTREMA. PRESENÇA DE INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA E MATERIALIDADE. FACILIDADE DE FUGA. PROTEÇÃO DOS VALORES ELENCADOS NO ART. 312 DO CPP. DENEGAÇÃO DA ORDEM.

1. Sendo indubitosa a prática do crime e presentes suficientes indícios de sua autoria por estrangeiro, não será arbitrária, abusiva nem tampouco absurda, a assertiva judicial de que, em liberdade, o agente se furtará à aplicação da lei penal, sendo de extrema valia, para a verossimilhança de tal afirmação, a natureza do delito, as condições em que o foi praticado, a personalidade do agente e sua facilidade para evadir-se do País.

2. O Magistrado processante, ao decretar a prisão preventiva do ora paciente, o fez pautado em veementes indícios de autoria e materialidade, além da necessidade de resguardo do regular andamento da futura ação penal, asseverando que o paciente é estrangeiro em situação irregular no País, não possui residência fixa, nem desenvolve atividade lícita, além de que, um de seus ofícios, era burlar a fiscalização aeroportuária, transitando livremente pelo território nacional, mesmo a despeito de sua situação irregular.

3. Destarte, encontram-se presentes os requisitos autorizadores da custódia cautelar, tendo sido indicados elementos concretos suficientes, extraídos dos autos do inquérito, entre eles a facilidade de fuga que possui o paciente, demonstrando a necessidade da medida

extrema, em razão da garantia da ordem pública e da aplicação da lei penal.

4. *Habeas Corpus* denegado, em conformidade com o parecer ministerial (HC n. 86.112, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 5ª Turma, j. 21-2-2008).

DECISÃO

Ante o exposto, denega-se a ordem.

Participaram do julgamento, realizado no dia 3 de junho de 2008, os Exmos. Srs. Des. Alexandre d'Ivanenko e Moacyr de Moraes Lima Filho. Lavrou parecer, pela Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Humberto Francisco Scharf Vieira.

Florianópolis, 10 de junho de 2008.

Torres Marques
PRESIDENTE E RELATOR

***Habeas Corpus* n. 2007.056100-4, da Capital**

Relator: Des. Moacyr de Moraes Lima Filho

HABEAS CORPUS – FUNCIONÁRIO PÚBLICO – CRIME DE FALSIDADE IDEOLÓGICA E PECULATO – RECEBIMENTO DA DENÚNCIA SEM A DEVIDA FUNDAMENTAÇÃO – ATO JUDICIAL COM CUNHO DECISÓRIO – PEDIDO DE TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL AO ARGUMENTO DE FALTA DE JUSTA CAUSA – APLICABILIDADE DO INCISO IX DO ART. 93 DA *LEX MATER* – PRECEDENTES – ORDEM CONCEDIDA PARA DETERMINAR QUE SEJA PROFERIDA NOVA DECISÃO.

"De nada adiantaria a Constituição Federal assegurar a motivação das decisões judiciais se o magistrado pudesse receber a denúncia sem motivar sua decisão. Ou se garante ao cidadão a ciência dos motivos pelos quais o Estado-administração o está processando ou de nada vale a garantia da motivação das decisões judiciais" (Professor Paulo Rangel).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* n. 2007.056100-4, da comarca da Capital (1ª Vara Criminal), em que são impetrantes Nestor José da Silveira e outros, e paciente Periandro Alves Balbino:

ACORDAM, em Terceira Câmara Criminal, por votação unânime, conceder parcialmente a ordem, cassando o despacho que recebeu a denúncia, por falta de fundamentação, e estendendo o benefício aos demais interessados.

RELATÓRIO

Trata-se de pedido de *habeas corpus* impetrado pelos advogados Nestor José da Silveira, Sílvia Domingues Santos Mansur e Paulo Roberto Gomes

Faraco em favor de Periandro Alves Albino, em que alegam estar o paciente, em tese, sofrendo constrangimento ilegal por ato praticado pelo douto Magistrado da 1ª Vara Criminal da Capital, consistente: a) no recebimento de denúncia, que não individualizou a conduta de cada um dos acusados; b) pelo proferimento de ato judicial carente de fundamentação, violando, desse modo, o preceito do art. 93, IX, da CF.

Após tecerem extensas considerações acerca do direito invocado, os impetrantes pugnam pela concessão da ordem, a fim de que seja trancada a Ação Penal n. 023.03.369177-3, por entenderem ausente a justa causa.

Subsidiariamente, pugnam pelo recebimento parcial da denúncia, porquanto o paciente permaneceu no cargo de Diretor-Geral de 22-1-2001 a 26-11-2001, enquanto algumas condutas foram, supostamente, praticadas antes e depois de ter exercido referido cargo.

Instruem a exordial com os documentos de fls. 20-93.

O Desembargador Torres Marques declarou sua suspeição para relatar e julgar o feito (fl. 95), com a conseqüente redistribuição dos autos.

Informações prestadas pelo MM. Juiz da 1ª Vara Criminal da Capital às fls. 102-103.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer do ilustre Dr. Robison Westphal, manifesta-se pela denegação da ordem de *habeas corpus*.

VOTO

A ordem deve ser concedida parcialmente.

Em primeiro lugar, não se ignora a controvérsia jurisprudencial acerca do conceito de "ato decisório", refletida em diversos julgados do Superior Tribunal de Justiça, que ora entende que o despacho que recebe a denúncia não tem cunho decisório, dispensando, assim, motivação (cf.

STJ, RHC n. 4.801/GO, DJU 18-12-1995), ora, em outras oportunidades, considera referido despacho como um ato decisório para fins de interrupção da prescrição (cf. STJ, HC n. 5.871/SP, DJU 28-4-1997).

Assim, sem desconhecer a controvérsia, e com elevado respeito à corrente jurisprudencial majoritária que considera prescindível a fundamentação no despacho que recebe a denúncia, entende-se por imperiosa uma leitura do Processo Penal sob a ótica constitucional.

O inciso IX do art. 93 da Carta da República determina que

todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

Acerca da necessidade de fundamentação da decisão que recebe ou rejeita a denúncia, o professor Fernando Capez esclarece que

O recebimento da denúncia ou queixa implica escolha judicial entre a aceitação e a recusa da acusação, tendo, por essa razão, conteúdo decisório, a merecer adequada fundamentação. [...] não nos parece consentâneo com a nova ordem constitucional (art. 93, IX) dispensar toda e qualquer fundamentação (*Curso de processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 138-139).

Aliado a esse entendimento, o jurista Renato Flávio Marcão assevera "ser imprescindível uma fundamentação adequada ao momento processual, sem análise profunda de mérito, devendo a apreciação restringir-se à constatação da existência do delito imputado, indícios suficientes da autoria e condições da ação" (*Tóxicos: Leis n. 6.368/1976 e 10.409/76 anotadas e interpretadas*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 556).

Idêntica postura é amparada pelo professor Paulo Rangel, que defende a fundamentação do despacho que recebe a denúncia em qualquer procedimento. Vale transcrever o seguinte excerto de sua obra:

[...] não admitimos despacho de recebimento da denúncia sem fundamentação, pois é garantia para todos os cidadãos que todas as decisões judiciais serão fundamentadas, sob pena de nulidade (cf. art. 93, IX, da CRFB). A praxe de se receber a peça exordial sem manifestar fundamentadamente as razões pelas quais assim se procede não encontra amparo na Constituição, pois todas as decisões judiciais devem ser motivadas, sem exceção. No despacho liminar positivo, exercendo o juízo de prelibação, o juiz deve analisar se estão presentes os pressupostos processuais, bem como as condições para o regular exercício da ação penal, inclusive a justa causa (suporte probatório mínimo que deve lastrear toda e qualquer acusação penal, cf. Afrânio Silva Jardim, *Direito Processual Penal*, 6ª ed. p. 95), pois, ausente qualquer um dos requisitos exigidos em lei (pressupostos processuais e/ou condições para o regular exercício da ação penal), a petição inicial penal deve ser indeferida como garantia do cidadão de não ser processado temerariamente, portanto, sem respeito ao devido processo legal.

[...]

De nada adiantaria a Constituição Federal assegurar a motivação das decisões judiciais se o magistrado pudesse receber a denúncia sem motivar sua decisão. Ou se garante ao cidadão a ciência dos motivos pelos quais o Estado-administração o está processando ou de nada vale a garantia da motivação das decisões judiciais (*Direito processual penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 438-439).

Dimana da leitura da fl. 90 dos presentes autos que o despacho que recebeu a denúncia limitou-se à seguinte explanação: "considerando que os argumentos expendidos pelos acusados não possuem o condão de desconstituir, de plano, os fatos imputados na inicial acusatória, recebo a denúncia".

O Magistrado *a quo*, ao receber a denúncia, não exerceu fundamentadamente o juízo de delibação, pois não verificou a presença dos pressupostos processuais e das condições da ação, nem a presença de fundamentação razoável da acusação e legítimo interesse, mormente porque, uma vez instaurado o processo, o indiciado passa desta situação para a de acusado. Nesse sentido: FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo penal*

constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 131; TUCCI, Rogério Lauria. *Princípios e regras orientadoras do novo processo penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1986. p. 283.

Deste egrégio Tribunal emanaram inúmeras decisões nesse sentido, dentre as quais pode ser citado o despacho exarado no *Habeas Corpus* n. 2007.060929-4, que teve como relator o ilustre Des. Sérgio Paladino, no qual se declarou nula a decisão que recebeu a denúncia, por não estar fundamentada, uma vez que deixou de analisar as teses suscitadas pelo paciente quando da sua defesa preliminar.

Os tribunais pátrios não divergem:

A decisão de recebimento da denúncia deve ser fundamentada, para ensejar o controle extraprocessual e possibilitar o exercício da ampla defesa, para o que faz-se mister o conhecimento das razões de decidir. Infringência dos arts. 93, IX, e 5º, LV, da CF (TRF 3ª Região, rela. Des. Sylvia Steiner, DJU 12-6-96. p. 40.076 – IBC-CRIM 44/157).

Crime de responsabilidade de funcionário público. Recebimento da denúncia. Falta de fundamentação adequada. Tratando-se de crime de responsabilidade de funcionário público, em que o contraditório se inicia com o oferecimento da resposta preliminar prevista no art. 514 do Código Penal, é nula a decisão que recebe a denúncia sem fundamentação adequada, tendo em vista o art. 93, inciso IX, da Constituição Federal (TJPR, *Habeas Corpus* n. 115.287-2, rel. Des. Gil Trotta Telles, j. em 7-2-2002).

Para arrematar:

Nos crimes funcionais afiançáveis, o despacho de recebimento da denúncia, após a resposta prévia, deve ser fundamentado (TJRJ, *Habeas Corpus* n. 317/2001, rel. Des. Sérgio Verani, j. em 31-3-2001).

Se por um lado o art. 517 do Código de Processo Penal dispensa motivação no despacho que recebe a denúncia nos casos de crime de responsabilidade de funcionário público, por outro é a própria Carta Política

de 1988 que impõe a exigência de fundamentação, pois o que se denomina de simples despacho, a rigor, constitui ato judicial com cunho decisório, capaz de causar gravame à parte.

Por fim, diante do acolhimento da primeira prefacial, fica prejudicada a análise das teses de inépcia da inicial ou do postulado de recebimento parcial da denúncia.

Assim, concede-se parcialmente a ordem para anular o ato que recebeu a denúncia, determinando-se ao Dr. Juiz de Direito que profira nova decisão motivada atentando, em especial, aos argumentos expendidos na defesa preliminar (fls. 70-72 dos presentes autos), estendendo o benefício aos demais interessados.

DECISÃO

Ante o exposto, decide a Câmara, por unanimidade, conceder parcialmente a ordem para anular o ato que recebeu a denúncia, determinando-se ao Dr. Juiz de Direito que profira nova decisão motivada, estendendo o benefício aos demais interessados.

O julgamento, realizado no dia 6 de fevereiro de 2008, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Alexandre d'Ivanenko, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Subst. Roberto Lucas Pacheco.

Florianópolis, 7 de fevereiro de 2008.

Moacyr de Moraes Lima Filho
RELATOR

**RELAÇÃO DAS COMARCAS
DO ESTADO DE SANTA CATARINA**

Fórum da Comarca de Abelardo Luz
Av. Padre João Smedt, 1.667 — Centro
CEP: 89830-000 — Abelardo Luz
Telefone: (49) 3445-8100

Fórum da Comarca de Anchieta
Av. Anchieta, 722 — Centro
CEP: 89970-000 — Anchieta
Telefone: (49) 3653-3000

Fórum da Comarca de Anita Garibaldi
Rua Vidal Ramos Júnior, s/n — Centro
CEP: 88590-000 — Anita Garibaldi
Telefone: (49) 3543-5300

Fórum da Comarca de Araquari
Rua Antonio Ramos Alvim, 500 — Centro
CEP: 89245-000 — Araquari
Telefone: (47) 3447-7500

Fórum da Comarca de Araranguá
Rua Cel. João Fernandes, 195 — Centro
CEP: 88900-000 — Araranguá
Telefone: (48) 3521-6000

Fórum da Comarca de Armazém
Rua Antônio David Filet, s/n — Centro
CEP: 88740-000 — Armazém
Telefone: (48) 3645-4200

Fórum da Comarca de Ascurra
Rua Padre Simão Majcher, 65 — Centro
CEP: 89138-000 — Ascurra
Telefone: (47) 3383-3300

Fórum da Comarca de Balneário Camboriú

Av. das Flores, s/n — Bairro dos Estados
CEP: 88330-000 — Balneário Camboriú
Telefone: (47) 3261-1700

Fórum da Comarca de Barra Velha

Rua Vice-Prefeito José do Patrocínio de Oliveira, 1.003 — Centro
CEP: 88390-000 — Barra Velha
Telefone: (47) 3446-7500

Fórum da Comarca de Biguaçu

Rua Rio Branco, 29 — Centro
CEP: 88160-000 — Biguaçu
Telefone: (48) 3279-9200

Fórum da Comarca de Blumenau

Rua Elesbão Pinto, 620 — Bairro da Velha
CEP: 89036-200 — Blumenau
Telefone: (47) 3321-9200

Fórum da Comarca de Bom Retiro

Rua 14 de Janeiro, 165 — Centro
CEP: 88680-000 — Bom Retiro
Telefone: (49) 3277-3000

Fórum da Comarca de Braço do Norte

Rua Jorge Lacerda, s/n (Pça. Padre Roher) — Centro
CEP: 88750-000 — Braço do Norte
Telefone: (48) 3658-9200

Fórum da Comarca de Brusque

Praça das Bandeiras, s/n — Centro
CEP: 88350-051 — Brusque
Telefone: (47) 3251-1500

Fórum da Comarca de Caçador
 Rua Conselheiro Mafra, 790 — Centro
 CEP: 89500-000 — Caçador
 Telefone: (49) 3561-2500

Fórum da Comarca de Camboriú
 Rua Goiânia, 104 — Centro
 CEP: 88340-000 — Camboriú
 Telefone: (47) 3365-9300

Fórum da Comarca de Campo Belo do Sul
 Rua Major Teodósio Furtado, 30 — Centro
 CEP: 88580-000 — Campo Belo do Sul
 Telefone: (49) 3249-3300

Fórum da Comarca de Campo Erê
 Rua Maranhão, s/n — Centro
 CEP: 89980-000 — Campo Erê
 Telefone: (49) 3655-3500

Fórum da Comarca de Campos Novos
 Praça Lauro Müller, 121 — Centro
 CEP: 89620-000 — Campos Novos
 Telefone: (49) 3541-6400

Fórum da Comarca de Canoinhas
 Rua Vidal Ramos, 650 — Centro
 CEP: 89460-000 — Canoinhas
 Telefone: (47) 3621-5600

Fórum da Comarca de Capinzal
 Rua Carmelo Zoccoli, 133 — Centro
 CEP: 89665-000 — Capinzal
 Telefone: (49) 3555-8000

Fórum da Comarca da Capital (Central)
Av. Governador Gustavo Richard, 434 — Centro
CEP: 88020-901 — Florianópolis
Telefone: (48) 3251-6500

Fórum Distrital do Norte da Ilha
Campus da UFSC – Av. Desembargador Vitor Lima, 183 – Fundos – Serrinha
CEP: 88040-400 — Florianópolis
Telefone: (48) 3331-3300

Fórum Distrital do Continente
Rua São José, 300 — Estreito
CEP: 88075-310 — Florianópolis
Telefone: (48) 3271-1900

Fórum da Comarca de Capivari de Baixo
Rua Engenheiro Márcio Portela, 36 — Centro
CEP: 88745-000 — Capivari de Baixo
Telefone: (48) 3621-4800

Fórum da Comarca de Catanduvas
Rua Felipe Schmidt, 1.435 — Centro
CEP: 89670-000 — Catanduvas
Telefone: (49) 3525-6400

Fórum da Comarca de Chapecó
Rua Augusta Müller Bohner, 300-D — Passo dos Fortes
CEP: 89805-900 — Chapecó
Telefone: (49) 3321-9400

Fórum da Comarca de Concórdia
Rua Dr. Maruri, 865 — Centro
CEP: 89700-000 — Concórdia
Telefone: (49) 3441-1500

Fórum da Comarca de Coronel Freitas
 Rua Minas Gerais, 586 — Centro
 CEP: 89840-000 — Coronel Freitas
 Telefone: (49) 3347-3300

Fórum da Comarca de Correia Pinto
 Rua Vitória Régia, 254 — Pro-Flor
 CEP: 88535-000 — Correia Pinto
 Telefone: (49) 3243-6300

Fórum da Comarca de Criciúma
 Av. Santos Dumont, s/n — Milanesi
 CEP: 88804-301 — Criciúma
 Telefone: (48) 3431-5200

Fórum da Comarca de Cunha Porá
 Rua Benjamin Constant, 832 — Centro
 CEP: 89890-000 — Cunha Porá
 Telefone: (49) 3646-3000

Fórum da Comarca de Curitibaanos
 Rua Antônio Rossa, 241 — Centro
 CEP: 89520-000 — Curitibaanos
 Telefone: (49) 3221-0500

Fórum da Comarca de Descanso
 Rua Thomaz Koproski, 615 — Centro
 CEP: 89910-000 — Descanso
 Telefone: (49) 3623-6400

Fórum da Comarca de Dionísio Cerqueira
 Av. Washington Luís, 670 — Centro
 CEP: 89950-000 — Dionísio Cerqueira
 Telefone: (49) 3644-6200

Fórum da Comarca de Forquilha

Rodovia Antônio Valmor Canela, 106 — Santa Izabel

CEP: 88850-000 — Forquilha

Telefone: (48) 3463-8300

Fórum da Comarca de Fraiburgo

Av. Curitibaanos, 375 — Centro

CEP: 89580-000 — Fraiburgo

Telefone: (49) 3256-2100

Fórum da Comarca de Garopaba

Rua Santa Rita, 100 — Centro

CEP: 88495-000 — Garopaba

Telefone: (48) 3254-8300

Fórum da Comarca de Garuva

Av. Celso Ramos, 1.226 — Centro

CEP: 89248-000 — Garuva

Telefone: (47) 3445-8000

Fórum da Comarca de Gaspar

Av. Deputado Francisco Mastella, s/n — Sete de Setembro

CEP: 89110-000 — Gaspar

Telefone: (47) 3331-6100

Fórum da Comarca de Guaramirim

Rua 28 de Agosto, 2000 — Centro

CEP: 89270-000 — Guaramirim

Telefone: (47) 3373-9500

Fórum da Comarca de Herval d'Oeste

Rua Nereu Ramos, 388 — Centro

CEP: 89610-000 — Herval d'Oeste

Telefone: (49) 3551-4400

Fórum da Comarca de Ibirama
Rua Dr. Getúlio Vargas, 800 — Centro
CEP: 89140-000 — Ibirama
Telefone: (47) 3357-8000

Fórum da Comarca de Içara
Rodovia SC 444, km 5, 150, Loteamento Simone/Jaqueline
CEP: 88820-000 — Içara
Telefone: (48) 3467-1100

Fórum da Comarca de Imaruí
Av. Governador Celso Ramos, s/n — Centro
CEP: 88770-000 — Imaruí
Telefone: (48) 3643-8000

Fórum da Comarca de Imbituba
Rua Ernani Contrin, 643 — Centro
CEP: 88780-000 — Imbituba
Telefone: (48) 3355-8000

Fórum da Comarca de Indaial
Rua Tiradentes, 111 — Centro
CEP: 89130-000 — Indaial
Telefone: (47) 3281-5400

Fórum da Comarca de Ipumirim
Rua Bento Gonçalves, 143 — Centro
CEP: 89790-000 — Ipumirim
Telefone: (49) 3438-3300

Fórum da Comarca de Itá
Praça dos Expedicionários, s/n — Pioneiros
CEP: 89760-000 — Itá
Telefone: (49) 3458-9600

Fórum da Comarca de Itaiópolis
Rua Alfredo Fernandes Luiz, 130 — Centro
CEP: 89340-000 — Itaiópolis
Telefone: (47) 3652-6000

Fórum da Comarca de Itajaí
Rua Uruguai, 222 — Centro
CEP: 88301-902 — Itajaí
Telefone: (47) 3341-0500

Fórum da Comarca de Itapema
Av. Marginal Oeste da BR 101, 7.980 — Morretes
CEP: 88220-000 — Itapema
Telefone: (47) 3268-8800

Fórum da Comarca de Itapiranga
Rua São José, 10 — Centro
CEP: 89896-000 — Itapiranga
Telefone: (49) 3678-8400

Fórum da Comarca de Itapoá
Rua Mariana Michels Borges, 776 — Itapema do Norte
CEP: 89249-000 — Itapoá
Telefone: (47) 3443-8000

Fórum da Comarca de Ituporanga
Rua Vereador Joaquim Boing, s/n — Centro
CEP: 88400-000 — Ituporanga
Telefone: (47) 3533-8100

Fórum da Comarca de Jaguaruna
Rua Nestor Horácio Luiz, s/n — Cristo Rei
CEP: 88715-000 — Jaguaruna
Telefone: (48) 3624-8000

Fórum da Comarca de Jaraguá do Sul
Rua Guilherme Cristiano Wackerhagen, 87 — Vila Nova
CEP: 89259-300 — Jaraguá do Sul
Telefone: (47) 3275-7200

Fórum da Comarca de Joaçaba
Rua Salgado Filho, 160 — Centro
CEP: 89600-000 — Joaçaba
Telefone: (49) 3551-4100

Fórum da Comarca de Joinville
Rua Hermann August Lepper, 980 — Saguauçu
CEP: 89201-900 — Joinville
Telefone: (47) 3461-8500

Fórum da Comarca de Lages
Rua Belisário Ramos, 3.650 — Centro
CEP: 88501-902 — Lages
Telefone: (49) 3221-3500

Fórum da Comarca de Laguna
Rua Arcângelo Bianchini, 69 — Centro
CEP: 88790-000 — Laguna
Telefone: (48) 3644-8300

Fórum da Comarca de Lauro Müller
Travessa 20 de Janeiro, s/n — Centro
CEP: 88880-000 — Lauro Müller
Telefone: (48) 3464-8600

Fórum da Comarca de Lebon Régis
Rua Valdir Ortigari, 45 — Centro
CEP: 89515-000 — Lebon Régis
Telefone: (49) 3247-6000

Fórum da Comarca de Mafra
Av. Cel. José Severiano Maia, 863 — Centro
CEP: 89300-000 — Mafra
Telefone: (47) 3641-4200

Fórum da Comarca de Maravilha
Av. Anita Garibaldi, 1.181 — Centro
CEP: 89874-000 — Maravilha
Telefone: (49) 3664-8800

Fórum da Comarca de Modelo
Rua Presidente Vargas, 20 — Centro
CEP: 89872-000 — Modelo
Telefone: (49) 3365-2500

Fórum da Comarca de Mondaiá
Rua Aurora, 65 — Centro
CEP: 89893-000 — Mondaiá
Telefone: (49) 3674-3000

Fórum da Comarca de Navegantes
Av. Prefeito José Juvenal Mafra, 498 — Centro
CEP: 88375-000 — Navegantes
Telefone: (47) 3342-9100

Fórum da Comarca de Orleans
Rua Rui Barbosa, 320 — Centro
CEP: 88870-000 — Orleans
Telefone: (48) 3466-6100

Fórum da Comarca de Otacílio Costa
Rua Clementino Zambonato, 119 — Centro
CEP: 88540-000 — Otacílio Costa
Telefone: (49) 3275-8000

Fórum da Comarca de Palhoça
 Rua Cel. Bernardino Machado, 95 — Centro
 CEP: 88130-220 — Palhoça
 Telefone: (48) 3279-3300

Fórum da Comarca de Palmitos
 Rua Padre Manoel da Nóbrega, s/n — Centro
 CEP: 89887-000 — Palmitos
 Telefone: (49) 3647-9400

Fórum da Comarca de Papanduva
 Rua Simeão Alves de Almeida, 411 — Centro
 CEP: 89370-000 — Papanduva
 Telefone: (47) 3653-6000

Fórum da Comarca de Pinhalzinho
 Av. Porto Alegre — Esq. com a Rua São Luiz, 735 — Centro
 CEP: 89870-000 — Pinhalzinho
 Telefone: (49) 3366-6100

Fórum da Comarca de Pomerode
 Rua XV de Novembro, 700 — Centro
 CEP: 89107-000 — Pomerode
 Telefone: (47) 3387-7400

Fórum da Comarca de Piçarras
 Av. Emanuel Pinto, 1.655 — Centro
 CEP: 88380-000 — Piçarras
 Telefone: (47) 3347-4000

Fórum da Comarca de Ponte Serrada
 Rua 3 de Maio, 460 — Centro
 CEP: 89683-000 — Ponte Serrada
 Telefone: (49) 3435-6500

Fórum da Comarca de Porto Belo
Av. Gov. Celso Ramos, 2.890 — Centro
CEP: 88210-000 — Porto Belo
Telefone: (47) 3369-7100

Fórum da Comarca de Porto União
Rua Voluntários da Pátria, 365 — Centro
CEP: 89400-000 — Porto União
Telefone: (42) 3521-3700

Fórum da Comarca de Presidente Getúlio
Rua Kurt Hering, 14 — Centro
CEP: 89150-000 — Presidente Getúlio
Telefone: (47) 3352-5000

Fórum da Comarca de Quilombo
Rua Presidente Juscelino, 703 — Centro
CEP: 89850-000 — Quilombo
Telefone: (49) 3346-2000

Fórum da Comarca de Rio do Campo
Rua 29 de Dezembro, s/n — Centro
CEP: 89198-000 — Rio do Campo
Telefone: (47) 3564-8900

Fórum da Comarca de Rio do Oeste
Rua XV de Novembro, 1.570 — Centro
CEP: 89180-000 — Rio do Oeste
Telefone: (47) 3543-9300

Fórum da Comarca de Rio do Sul
Rua Dom Bosco, 820 — Jardim América
CEP: 89160-000 — Rio do Sul
Telefone: (47) 3531-4700

Fórum da Comarca de Rio Negrinho
Rua Carlos Hantschel, 425 — Bela Vista
CEP: 89295-000 — Rio Negrinho
Telefone: (47) 3641-1700

Fórum da Comarca de Santa Cecília
Rua XV de Novembro, s/n — Centro
CEP: 89540-000 — Santa Cecília
Telefone: (49) 3244-6500

Fórum da Comarca de Santa Rosa do Sul
Rua Raul José dos Santos, 120 — Centro
CEP: 89965-000 — Santa Rosa do Sul
Telefone: (48) 3534-8200

Fórum da Comarca de Santo Amaro da Imperatriz
Rua Frei Fidêncio Feldmann, 425 — Centro
CEP: 88140-000 — Santo Amaro da Imperatriz
Telefone: (48) 3245-4000

Fórum da Comarca de São Bento do Sul
Av. São Bento, 401 — Colonial
CEP: 89290-000 — São Bento do Sul
Telefone: (47) 3631-1900

Fórum da Comarca de São Carlos
Rua La Salle, 243 — Centro
CEP: 89885-000 — São Carlos
Telefone: (49) 3325-1000

Fórum da Comarca de São Domingos
Rua Major Azambuja, 138 — Centro
CEP: 89835-000 — São Domingos
Telefone: (49) 3443-6800

Fórum da Comarca de São Francisco do Sul
Rua Leôncio Pereira, 304 — Rocio Pequeno
CEP: 89240-000 — São Francisco do Sul
Telefone: (47) 3471-1500

Fórum da Comarca de São João Batista
Rua Otaviano Dadam, 201 — Centro
CEP: 88240-000 — São João Batista
Telefone: (48) 3265-6300

Fórum da Comarca de São Joaquim
Rua Domingos Martorano, 302 — Centro
CEP: 88600-000 — São Joaquim
Telefone: (49) 3233-6000

Fórum da Comarca de São José
Rua Domingos André Zannini, 380 — Barreiros
CEP: 88117-200 — São José
Telefone: (48) 3271-9600

Fórum da Comarca de São José do Cedro
Rua Padre Aurélio, 235 — Centro
CEP: 89930-000 — São José do Cedro
Telefone: (49) 3643-6600

Fórum da Comarca de São Lourenço do Oeste
Rua Dom Pedro II, 966 — Centro
CEP: 89990-000 — São Lourenço do Oeste
Telefone: (49) 3344-8200

Fórum da Comarca de São Miguel do Oeste
Rua Marcílio Dias, 2.070 — Sagrado Coração
CEP: 89900-000 — São Miguel do Oeste
Telefone: (49) 3631-1500

Fórum da Comarca de Seara
 Rua do Comércio, 171 — Centro
 CEP: 89770-000 — Seara
 Telefone: (49) 3452-8700

Fórum da Comarca de Sombrio
 Rua Edílio Antônio da Rosa, 974 — Centro
 CEP: 88960-000 — Sombrio
 Telefone: (48) 3533-6700

Fórum da Comarca de Taió
 Rua Expedicionário Rafael Busarello, 484 — Centro
 CEP: 89190-000 — Taió
 Telefone: (47) 3562-8000

Fórum da Comarca de Tangará
 Rua Luís Menoncin, s/n — Centro
 CEP: 89642-000 — Tangará
 Telefone: (49) 3532-7500

Fórum da Comarca de Tijucas
 Rua Florianópolis, 130 — Centro
 CEP: 88200-000 — Tijucas
 Telefone: (48) 3263-8000

Fórum da Comarca de Timbó
 Av. Getúlio Vargas, 736 — Centro
 CEP: 89120-000 — Timbó
 Telefone: (47) 3281-1700

Fórum da Comarca de Trombudo Central
 Rua Emílio Graubner, s/n — Vila Nova
 CEP: 89176-000 — Trombudo Central
 Telefone: (47) 3544-8100

Fórum da Comarca de Tubarão
Rua Wenceslau Brás, 560 — Vila Moema
CEP: 88701-901 — Tubarão
Telefone: (48) 3621-1500

Fórum da Comarca de Turvo
Rua Nereu Ramos, 609 — Centro
CEP: 88930-000 — Turvo
Telefone: (48) 3525-8000

Fórum da Comarca de Urubici
Rua Nereu Ramos, n. 200 — Centro
CEP: 88650-000 — Urubici
Telefone: (49) 3278-6900

Fórum da Comarca de Urussanga
Rua Barão do Rio Branco, 115 — Centro
CEP: 88840-000 — Urussanga
Telefone: (48) 3441-1300

Fórum da Comarca de Videira
Rua Vítor Meirelles, s/n — Ed. Brasil-Austria — Matriz
CEP: 89560-000 — Videira
Telefone: (49) 3551-1700

Fórum da Comarca de Xanxerê
Rua Victor Konder, 898 — Centro
CEP: 89820-000 — Xanxerê
Telefone: (49) 3441-7100

Fórum da Comarca de Xaxim
Rua Rui Barbosa, 385 — Centro
CEP: 89825-000 — Xaxim
Telefone: (49) 3353-9600

ÍNDICE NUMÉRICO

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO

573.552-4 (STF) – Santa Catarina	175
--	-----

AGRAVOS DE INSTRUMENTO

2006.036983-0 – Capital	221
2007.024023-4 – Brusque	450
2007047727-1 – São José	375

APELAÇÕES CÍVEIS

2004.015222-1 – São Miguel do Oeste	364
2004.030386-7 – Rio do Sul	530
2004.031558-7 – Joinville	292
2004.034220-9 – Timbó	324
2004035281-5 – Lages	238
2005.000406-5 – Araranguá	340
2005.025955-0 – Capital	455
2005.034100-4 – Blumenau	243
2006.048952-7 – Criciúma	271
2007.030057-8 – Capital	547
2007039489-8 – São José	285
2007.043784-4 – Capital	369
2007.046582-9 – Xanxerê	356
2007.271872-1 – Lages	396
2007.054872-1 – Capital	473
2007.059088-5 – Capital	254
2008.007826-5 – Criciúma	311
2008.013191-4 – Timbó	419
2008.015133-2 – Lages	263

APELAÇÕES CRIMINAIS

2007.028719-1 – Sombrio	558
-------------------------------	-----

2007.050541-5	- Joinville	609
2007.057737-5	- Capital	572
2008.002566-6	- Lages	623
2008.007539-3	- Joinville	577
2008.008210-9	- Chapecó	588
2008.009481-2	- Capital	593
2008.016752-4	- Criciúma	582

CONFLITO DE COMPETÊNCIA

94.775 (STJ)	- Santa Catarina	195
--------------	------------------------	-----

HABEAS CORPUS

86.829-1 (STF)	- Santa Catarina	179
92.845 (STJ)	- Santa Catarina	202
2007.056100-4	- Capital	675
2008.025909-2	- Capital	666

MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

4.062-6 (STF)	- Santa Catarina	186
---------------	------------------------	-----

RECURSO ESPECIAL

966.086 (STJ)	- Santa Catarina	207
---------------	------------------------	-----

REEXAME NECESSÁRIO

2007.057793-5	- Joinville	428
---------------	-------------------	-----

ÍNDICE POR ASSUNTO

AÇÃO CIVIL INOMINADA COM ANTECIPAÇÃO DE TUTELA

— Concurso público – Irresignação quanto à resposta de uma questão da prova objetiva. Gabarito provisório. Retificação. Classificação obstada por esse fato. Pleito pela anulação da pergunta afastado. Recurso desprovido.547

AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

— Prefeito – Contratação, em nome da prefeitura, de empresa da qual é dirigente de fato, registrada em nome da esposa e filha. Violação dos princípios da legalidade, moralidade e honestidade. Utilização, ademais, de máquinas e funcionários da prefeitura em obras particulares. Procedência do pedido. Recurso parcialmente provido. 396

— Vereadores – Recebimento de diárias para participar de evento. Comparcimento não comprovado. Enriquecimento ilícito. Restituição dos valores. Circunstância que abranda a sanção, mas não exclui a infração. Recurso parcialmente provido..... 530

AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS

— Obra municipal – Ampliação de via pública. Retirada de terra da marginal que causou deslizamentos e ruína de muro de particular. Nexo de causalidade entre o serviço e o prejuízo. Obrigação de indenizar. Recurso e reexame necessário desprovidos..... 455

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

— Lei complementar estadual – Iniciativa do Tribunal de Justiça. Emenda parlamentar. Aumento de despesa. Inconstitucionalidade formal. Medida cautelar deferida. 186

AGRAVO DE INSTRUMENTO

— *Vide* Recurso.

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO

— *Vide* Recurso.

ANULATÓRIA DE ATOS ADMINISTRATIVOS

— Construção de supermercado – Loteamento exclusivamente residencial. Nulidade da sentença que julgou antecipadamente a lide. Inadmissibilidade. Mudança no zoneamento. Legalidade. Obra autorizada por alvará da prefeitura. Preliminares rejeitadas. Recurso desprovido..... 473

ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

— Art. 6º, § 3º..... 207
 — Art. 14..... 207
 — Art. 25..... 473

ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

— Art. 32..... 207

ATO REGIMENTAL

— N. 90/2008-TJ..... 171

COAÇÃO NO CURSO DO PROCESSO

— Criminal – Promotor de Justiça que, na denúncia, deixou de se manifestar sobre a possibilidade de suspensão condicional do processo. Conversão do julgamento em diligência. Recursos sobrestados..... 527

COBRANÇA

— Construção – Subempreitada. Serviços complementares. Prestação comprovada. Pleito acolhido em parte. Irresignação. Recurso parcialmente provido. 292

COBRANÇA DE SEGURO C/C DANOS MORAIS

— Incêndio de residência em favela – Cobertura negada. Recebimento do prêmio pela seguradora. Indenização devida. Danos morais caracterizados pelo retardo na reforma do imóvel e pela conotação preconceituosa da negativa. Recurso parcialmente provido..... 285

CÓDIGO CIVIL

— Art. 159 (1916)..... 455

— Art. 264..... 211

— Art. 275..... 211

— Art. 320..... 292

— Art. 406..... 455

— Art. 416, parágrafo único..... 271

— Art. 475..... 271

— Art. 554 (1916)..... 455

— Art. 572 (1916)..... 473

— Art. 580 (1916)..... 455

— Art. 619..... 292

— Art. 757..... 285

— Art. 884..... 324

— Art. 886..... 324

— Art. 918 (1916)..... 271

— Art. 924 (1916)..... 271

— Art. 948..... 44

— Art. 1.056 (1916)..... 271

— Art. 1.246 (1916)..... 292

— Art. 1.277 473

— Art. 1.278	473
— Art. 1.589	254
— Art. 1.593	340
— Art. 1.609, I.....	340
— Art. 1.635, V	324
— Art. 1.658	311
— Art. 1.660, IV.....	311
— Art. 1.661	311
— Art. 1.708	324

CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR (Lei n. 8.078/1990)

— Art. 1º	271
— Art. 2º	271
— Art. 3º	271
— Art. 6º	271
— Art. 7º	271
— Art. 7º, parágrafo único.....	243
— Art. 9º	271
— Art. 43, § 2º	243
— Art. 47.....	369
— Art. 51, I, IV, e § 1º, II	285
— Art. 51, IV e § 1º, II e III	271
— Art. 52, § 1º	369
— Art. 81, III.....	473

CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

— Art. 14.....	324
— Art. 17.....	324
— Art. 17, II e VII.....	238
— Art. 20, § 3º.....	292, 369
— Art. 20, § 3º, <i>a, b e c</i>	428
— Art. 21	292, 340
— Art. 21, parágrafo único.....	369

— Art. 51	375
— Art. 125, II e IV	87
— Art. 126.....	87
— Art. 128.....	311
— Art. 130	473, 87
— Art. 131.....	473
— Art. 154.....	87
— Art. 162, § 1º	271
— Art. 163.....	87
— Arts. 227 a 229.....	44
— Art. 267, V.....	207
— Art. 267, VI	263, 254
— Art. 269, I.....	271
— Art. 273.....	473
— Art. 273, I e II.....	450
— Art. 273, §§ 3º e 4º	271
— Art. 282, IV	375
— Art. 293.....	455
— Art. 301, VI, § 3º.....	207
— Art. 302.....	285
— Art. 330, I	473, 577
— Art. 330, I e II.....	87
— Art. 331.....	87
— Art. 333.....	356
— Art. 333, II	292
— Art. 334, I.....	473
— Art. 334, II	285
— Art. 342.....	44
— Art. 427.....	473
— Art. 438.....	340
— Art. 458.....	87
— Art. 461, §§ 3º e 4º	473
— Art. 475, § 2º	455

— Art. 475-I, § 1º	271
— Art. 475-J.....	369
— Art. 475-O, III.....	271
— Art. 475-O, § 3º	271
— Art. 513.....	271
— Art. 515.....	311
— Art. 515, § 3º.....	396, 254
— Art. 517.....	285
— Art. 535, I e II.....	207
— Art. 542, § 2º	271
— Art. 544, § 1º	271
— Art. 558, <i>caput</i>	271
— Art. 601.....	473
— Art. 732.....	263
— Art. 733.....	263
— Art. 791.....	263
— Art. 794, I.....	263
— Arts. 914 a 919.....	364
— Art. 915.....	254
— Art. 917.....	254
— Art. 918.....	254
— Art. 934.....	455
— Art. 936, I.....	455

CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

— Art. 29.....	44
— Art. 31.....	44
— Art. 40.....	44
— Art. 43.....	44
— Art. 63.....	44
— Art. 74, § 1º	44
— Art. 80.....	44
— Art. 126.....	577

— Art. 133.....	577
— Art. 143.....	577
— Art. 156.....	623
— Art. 186, parágrafo único.....	44
— Art. 310 e seu parágrafo único.....	44
— Art. 312	666, 179, 207
— Art. 315.....	179
— Art. 316.....	44
— Art. 323, III e IV.....	44
— Art. 324, IV	44
— Art. 362.....	44
— Art. 366.....	44
— Arts. 373 e seguintes.....	44
— Art. 384.....	44
— Art. 386, II e VI	623
— Art. 386, IV	593
— Art. 394, § 5º	44
— Art. 395.....	44
— Art. 396-A, § 1º	44
— Art. 397.....	44
— Art. 403, § 3º	44
— Arts. 406 a 497.....	44
— Art. 415, parágrafo único.....	84
— Art. 415, IV	84
— Art. 482.....	84
— Art. 483, I, II e §§ 2º e 4º.....	84
— Art. 484, III.....	582
— Art. 492, II	84
— Art. 499.....	623
— Art. 502.....	623
— Art. 517.....	675
— Art. 563.....	623
— Art. 593, III, <i>d</i>	44

— Art. 594..... 179

CÓDIGO DE PROCESSO PENAL MILITAR (Decreto-Lei n. 1.002/1969)

— Art. 234, § 1º 44

— CÓDIGO PENAL

— Art. 26 44, 84

— Art. 29, *caput*..... 623

— Art. 29, §§ 1º e 2º 623

— Art. 33..... 609

— Art. 59 609, 558, 593, 623

— Art. 61, I e II, *b*..... 558

— Art. 61, II, *f*..... 582

— Art. 65, I..... 623

— Art. 69..... 623

— Art. 70 558, 195

— Art. 71..... 609

— Art. 71, parágrafo único 558

— Art. 92, I, *a*..... 609

— Art. 92, III..... 623

— Art. 97 44, 84

— Art. 121, § 2º, I e IV..... 582

— Art. 121, § 2º, III e V..... 666

— Art. 121, § 4º 582

— Art. 123..... 44

— Art. 124..... 44

— Art. 125..... 44

— Art. 155, § 4º, II..... 195

— Art. 155, § 4º, IV..... 666

— Art. 157, § 2º, I e II 558, 623

— Art. 157, § 3º, *in fine*..... 623

— Art. 171..... 195

— Art. 180, *caput*..... 558

— Art. 211.....	666
— Art. 214, <i>caput</i>	609
— Art. 224, <i>a</i>	609
— Art. 226, II.....	609
— Art. 288, parágrafo único.....	623
— Art. 296, § 1º, I.....	558
— Art. 298.....	558
— Art. 330.....	473
— Art. 344.....	527

CONFLITO DE COMPETÊNCIA

— Negativo – Saque fraudulento em conta bancária mantida na Caixa Econômica Federal, mediante transferência pela internet. Furto qualificado. Consumação. Competência do juiz federal do local de onde o dinheiro foi retirado.	195
--	-----

CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO (Decreto-Lei n. 5.452/1943)

— Arts. 2º, 3º e 9º.....	25
--------------------------	----

CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO (Decreto-Lei n. 5.452/1943)

— Art. 442, parágrafo único.....	25
----------------------------------	----

CONSTITUIÇÕES

ESTADUAL – 1989

— Art. 85.....	473
— Art. 140.....	473
— Art. 141.....	473
— Art. 153.....	450, 221
— Art. 181.....	473

FEDERAL – 1988

— Art. 2º	186
— Art. 5º, <i>caput</i>	271
— Art. 5º, X	285
— Art. 5º, XXII, XXIII e XXXVI	473
— Art. 5º, XXIV	428
— Art. 5º, XXXV	547, 202, 87
— Art. 5º, XXXVIII, <i>d</i>	44
— Art. 5º, XLIII	179
— Art. 5º, LIV	87
— Art. 5º, LIX	44
— Art. 5º, LXIII	44
— Art. 5º, LXVI	44
— Art. 5º, LXXV	419
— Art. 5º, LXXVII	87
— Art. 5º, LXXVIII	87
— Art. 6º, <i>caput</i>	271
— Art. 6º	450, 221
— Art. 7º, XXX	175
— Art. 18, <i>caput</i>	473
— Art. 21, IX e XX	473
— Art. 24, I, §§ 1º e 2º	473
— Art. 24, VI, VII e VIII	473
— Art. 24, § 1º	473
— Art. 25, § 3º	473
— Art. 30, I e VIII	473
— Art. 31, <i>caput</i>	547
— Art. 37, <i>caput</i>	87
— Art. 37, I	175
— Art. 37, § 4º	530
— Art. 37, § 6º	455
— Art. 39, § 2º	175
— Art. 42, §§ 1º e 2º	175

— Art. 93, IX.....	675, 179, 202
— Art. 96, II, <i>b</i>	186
— Art. 100.....	428
— Art. 105, III.....	207
— Art. 109, I.....	211
— Art. 129, III.....	473
— Art. 174, § 2º.....	25
— Art. 182, <i>caput</i>	473
— Art. 182, §§ 1º e 2º.....	473
— Art. 183.....	473
— Art. 195.....	211
— Art. 196.....	450, 221, 271
— Art. 197.....	211
— Art. 198.....	271
— Art. 198, III.....	450
— Art. 198, § 1º.....	211
— Art. 225, § 1º, incisos I e IV.....	473
— Art. 226, § 4º.....	340
— Art. 227, <i>caput</i>	340
— Art. 229.....	340
— Art. 230.....	340
— Art. 236, <i>caput</i> e § 3º.....	207

CRIME CONTRA A LIBERDADE SEXUAL

— Atentados violentos ao pudor, com violência presumida – Acusada que, na condição de auxiliar de educador, abusava sexualmente das vítimas de 2 e 3 anos de idade. Absolvição por falta de provas. Inviabilidade. Autoria e materialidade calcadas em declarações seguras e coerentes das ofendidas. Elementos probantes suficientes para dar suporte ao decreto condenatório. Dosimetria da pena. Redução. Possibilidade. Recurso parcialmente provido.	609
--	-----

CRIME CONTRA A SAÚDE PÚBLICA

- Tráfico de entorpecente, em associação – Escuta telefônica. Obediência ao trâmite legal. Eivas afastadas. Autoria e materialidade comprovadas. Associação para o tráfico. Caráter permanente, estável e habitual não demonstrado. Absolvição dessa conduta. Recursos parcialmente providos..... 593
- Tráfico ilícito de entorpecentes – Seqüestro de imóvel. Julgamento antecipado da lide. Cerceamento de defesa. Indeferimento da produção de prova requerida na inicial. Sentença fundamentada na ausência de comprovação da origem lícita do bem. Nulidade. Recurso provido..... 577

DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA

- Imóvel particular desapropriado para construção de duas estradas municipais – Indenização devida. Juros compensatórios desde a data da ocupação. Modificação parcial da decisão, sob pena de *reformatio in pejus*, em sede de reexame necessário. Provimento parcial..... 428

DOCTRINA

- A padronização no formato dos acórdãos do Tribunal de Justiça de Santa Catarina como instrumento de celeridade processual – Osvaci Amaro Venâncio Júnior, Servidor do Tribunal de Justiça de Santa Catarina. 87
- Comentários à Lei n. 11.689/08: procedimento do Tribunal do Júri – Maurílio Moreira Leite, Desembargador aposentado do Tribunal de Justiça de Santa Catarina. 44
- Cooperativas de trabalho: características legais para a existência de uma autêntica sociedade cooperativa e apontamentos para a identificação de fraude contra os direitos trabalhistas – Ana Cláudia Torret Rocha, Advogada. 25
- Impasse no questionário do júri – Maurílio Moreira Leite, Desembargador aposentado do Tribunal de Justiça de Santa Catarina. 84

— O que é “Justiça Social”? – Sérgio Luiz Junkes, Juiz de Direito em Santa Catarina..... 111

EMENDA CONSTITUCIONAL

— N. 45/2004..... 87

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (Lei n. 8.069/1990)

— Art. 48..... 340

ESTATUTO DA POLÍCIA MILITAR DO ESTADO DE SANTA CATARINA (Lei n. 6.218/1983)

— 175

EXECUÇÃO DE PRESTAÇÃO ALIMENTÍCIA

— Alimentante em lugar incerto ou não sabido – Sentença terminativa. Caráter indisponível da verba alimentar. Suspensão da ação. Sentença cassada. Recurso provido. 263

EXONERAÇÃO DE ALIMENTOS

— União estável – Repetição de indébito. Credora que ardilosamente não comunica sua nova sociedade afetiva, e continua a receber pensão acordada em casamento desfeito. Enriquecimento ilícito. Devolução das quantias pagas a partir da causa exoneratória. Litigância de má-fé. Não comprovação. Recurso parcialmente provido. 324

HABEAS CORPUS

— Funcionário público – Crime de falsidade ideológica e peculato. Recebimento da denúncia. Falta de fundamentação. Ato judicial de cunho

- decisório. Trancamento da ação penal por falta de justa causa. Precedentes. Ordem parcialmente concedida. 675
- Homicídio qualificado, ocultação de cadáver e furto qualificado – Prisão preventiva. Necessidade de acautelar a ordem pública e assegurar a aplicação da lei. Paciente estrangeiro, sem ocupação lícita. Facilidade de fuga. Ordem denegada..... 666
- Tráfico de entorpecentes e associação para o tráfico – Prisão em flagrante. Liberdade provisória negada. Tese não examinada pelo tribunal de origem. Supressão de instância. Recurso parcialmente provido para exame do mérito..... 202
- Tráfico ilícito de entorpecente – Prisão preventiva. Manutenção na sentença condenatória. Pressupostos e condições não alterados. Denegação. 179

HISTÓRIA JURÍDICA CATARINENSE

- Legado perene. A Desembargadora Thereza Grisólia Tang escreveu seu nome na história do Judiciário brasileiro ao se tornar a primeira mulher a ocupar o cargo de juíza. 163

HOMICÍDIO QUALIFICADO

- Júri – Motivo torpe e recurso que dificultou ou impossibilitou a defesa da vítima. Alegação de legítima defesa em todas as fases processuais. Ausência de quesito. Ofensa aos princípios da ampla defesa e do devido processo legal. Nulidade. Recurso prejudicado..... 582

INDENIZAÇÃO

- Prisão administrativa – Ilegalidade. Controvérsia à época. Ato judicial amplamente fundamentado. Inexistência de erro judiciário. Recurso desprovido. 419

INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS

- Abalo de crédito – Inscrição no rol dos maus pagadores. Devedor contumaz. Ausência de dano. Recurso desprovido. 238
- Inscrição em cadastro de proteção ao crédito sem prévia notificação – Ilegalidade. Dano moral caracterizado. Dever de indenizar. Minoração do *quantum*. Aplicação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Valor da condenação mantido. Recurso desprovido. 243

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE

- Cumulação com alimentos e justiça gratuita – Exame de DNA positivo. Ausência de testemunhas. Alegação de cerceamento de defesa. Novo exame. Desnecessidade. Laudo regular. Existência, porém, de paternidade socioafetiva. Prevalência desta sobre a genética. Manutenção do registro civil. Sentença reformada. Recurso parcialmente provido. 340

LEGISLAÇÃO

- Ato Regimental n. 90/2008–TJ, que dispõe sobre a data dos acórdãos e dos votos proferidos no Tribunal de Justiça. 171

LEGISLAÇÃO ESTADUAL

LEI

- N. 6.218/1983
..... *Vide* Estatuto da Polícia Militar do Estado de Santa Catarina.

LEGISLAÇÃO FEDERAL

DECRETO

- N. 20.910/1932 Art. 1º 207

DECRETOS-LEIS

— N. 201/1967.....	396
— N. 1.002/1969	<i>Vide</i> Código de Processo Penal Militar.
— N. 2.848/1940	Art. 26, <i>caput</i> 84
— N. 3.365/1941	<i>Vide</i> Lei das Desapropriações.
— N. 4.657/1942	<i>Vide</i> Lei de Introdução ao Código Civil.
— N. 5.452/1943	<i>Vide</i> Consolidação das Leis do Trabalho.
— N. 7.661/1945	<i>Vide</i> Lei de Falências.

LEIS

— N. 1.060/1950	<i>Vide</i> Lei da Assistência Judiciária.
— N. 1.533/1951	<i>Vide</i> Lei do Mandado de Segurança.
— N. 2.252/1954	Art. 1º 593
— N. 5.250/1967	<i>Vide</i> Lei de Imprensa.
— N. 5.764/1971	Arts. 3º, 4º, VII, 6º, I e 90 25
— N. 6.019/1974	25
— N. 6.024/1974	Art. 18, <i>a</i> 369
— N. 6.368/1976	<i>Vide</i> Leis Antitóxicos.
— N. 6.766/1979	Art. 28 473
— N. 6.766/1979	Art. 45 473
— N. 6.899/1981	455
— N. 7.102/1983	25
— N. 7.210/1984	<i>Vide</i> Lei de Execução Penal.
— N. 7.347/1985	<i>Vide</i> Lei da Ação Civil Pública.
— N. 8.036/1990	Art. 22, § 1º 455
— N. 8.069/1990	<i>Vide</i> Estatuto da Criança e do Adolescente.
— N. 8.072/1990	<i>Vide</i> Lei dos Crimes Hediondos.

— N. 8.078/1990	<i>Vide</i> Código de Defesa do Consumidor.	
— N. 8.080/1990	Art. 2º, § 2º	450
— N. 8.080/1990	Art. 6º, I, <i>d</i>	211
— N. 8.429/1992	<i>Vide</i> Lei de Improbidade Administrativa.	
— N. 8.666/1993	<i>Vide</i> Lei de Licitações.	
— N. 9.099/1995	Art. 62	44
— N. 9.099/1995	Art. 72	44
— N. 9.099/1995	Art. 89	527
— N. 9.784/1999	Art. 54	207
— N. 9.873/1999	Art. 1º	207
— N. 10.257/2001	Art. 4º, VI	473
— N. 10.257/2001	Art. 28	473
— N. 10.257/2001	Art. 36	473
— N. 10.257/2001	Art. 39	473
— N. 10.257/2001	Art. 40, § 3º	473
— N. 10.826/2003	Art. 14	588
— N. 11.280/2006	Art. 2º	87
— N. 11.340/2006	<i>Vide</i> Lei Maria da Penha.	
— N. 11.343/2006	<i>Vide</i> Leis Antitóxicos.	
— N. 11.419/2006	Art. 1º, § 2º, III, <i>a</i>	87
— N. 11.419/2006	Art. 4º	87
— N. 11.464/2007		609, 179
— N. 11.689/2008		44, 84
— N. 11.690/2008	Art. 159, § 3º	44
— N. 11.719/2008		44

LEGISLAÇÃO MUNICIPAL

LEI

— N. 1.851/1982 (Capital)..... 473

LEI DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA (Lei n. 7.347/1985)

— Art. 3º 375

— Art. 5º, § 2º 375

— Art. 19..... 375

LEI DA ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA (Lei n. 1.060/1950)

— Art. 4º 324

— Art. 12 340, 324, 238

LEI DAS DESAPROPRIAÇÕES (Decreto-lei n. 3.365/1941)

— Art. 15-A, §§ 1º, 2º, 3º e 4º 428

— Art. 15-B..... 428

— Art. 27, §§ 1º e 3º 428

LEI DE EXECUÇÃO PENAL (Lei n. 7.210/1984)

— Art. 112..... 609

— Art. 199..... 44

LEI DE FALÊNCIAS (Lei n. 7.661/1945)

— Art. 24, §§ 2º, II, e 3º 369

— Art. 35..... 419

LEI DE IMPRENSA (Lei n. 5.250/1967)

— Art. 45, III 44

LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA (Lei n. 8.429/1992)

— Art. 3º	396
— Art. 5º	530
— Art. 6º	530
— Art. 9º, XI	530
— Art. 9º, XI e XII	396
— Art. 10, <i>caput</i> , I, IX e XII	396
— Art. 11, <i>caput</i>	396
— Art. 12, I, II e III	530
— Art. 12, II e III	396
— Art. 12, III	375
— Art. 17, §§ 3º e 7º	375
— Art. 20	530
— Art. 21, I	530
— Art. 21, II	396

LEI DE INTRODUÇÃO AO CÓDIGO CIVIL (Decreto-Lei n. 4.657/1942)

— Art. 5º	340, 25
— Art. 6º	473

LEI DE LICITAÇÕES (Lei n. 8.666/1993)

— Art. 9º, III	396
----------------------	-----

LEI DOS CRIMES HEDIONDOS (Lei n. 8.072/1990)

—	44
— Art. 2º, II	179
— Art. 2º, § 1º	609

LEI MARIA DA PENHA (Lei n. 11.340/2006)

— Arts. 18 e seguintes	44
------------------------------	----

LEIS ANTITÓXICOS (Lei n. 11.343/2006)

— Art. 35.....	593
— Art. 40, III e V	593
— Art. 42.....	593
— Art. 43.....	593
— Art. 44, <i>caput</i>	179
— Art. 59.....	179

LEIS ANTITÓXICOS (Lei n. 6.368/1976)

— Art. 1º	179
— Art. 12, <i>caput</i>	179
— Art. 12.....	577
— Art. 12, § 2º, III.....	179
— Art. 13.....	577
— Art. 14	577, 593, 179
— Art. 18, III.....	179
— Art. 35.....	179

LEIS COMPLEMENTARES

— N. 001/1997 (Capital)	473
— N. 156/1997 (Estadual)	455
— N. 156/1997 (Estadual) Art. 35, <i>i</i>	428
— N. 161/1997 (Estadual)	455, 428
— N. 398/2007 (Estadual) Art. 1º.....	186

MEDIDAS PROVISÓRIAS

— N. 1.577/1997 Art. 3º.....	428
— N. 1.997-37/2000	428
— N. 2.027-38/2000	428
— N. 2.109-53/2000	428
— N. 2.183-56/2001	428

MONITÓRIA

— Nota fiscal – Indicação do réu como destinatário das mercadorias não o responsabiliza pelo adimplemento. Ausência de assinatura no documento. Pagamento com cheque de terceiro. Comprovação do negócio. Ônus da autora. Sentença reformada. Recurso provido. 356

NOTICIÁRIO

— Discurso de posse do Dr. Jorge Luiz de Borba no cargo de Desembargador do Tribunal de Justiça de Santa Catarina. 149

— Discurso de saudação ao Desembargador Jorge Luiz de Borba proferido pela Desembargadora Salete Silva Sommariva, em nome do Tribunal de Justiça. 152

— Discursos proferidos pelo Desembargador Francisco Oliveira Filho, Presidente do TJSC, e pela Desembargadora Maria do Rocio Luz Santa Ritta na inauguração do Fórum Desembargador Eduardo Pedro Carneiro da Cunha Luz. 156

PORTE ILEGAL DE MUNIÇÃO DE USO PERMITIDO

— Transporte de cartuchos para espingarda em veículo – Falta de autorização. Laudo pericial acerca da potencialidade lesiva. Desnecessidade. Crime de mera conduta. Materialidade e autoria comprovadas. Recurso desprovido. 588

PRESTAÇÃO DE CONTAS

— Alimentos – Direito de fiscalizar. Irrepetibilidade. Ação que se esgota na primeira fase. Ausência de indícios de malversação. Recurso desprovido. 254

— Sociedade limitada – Quotista minoritário. Pretensão contestada. Determinação incidente de fornecimento de balancetes mensais atendida. Recurso desprovido. 364

RECURSO

- Agravo de instrumento – Improbidade administrativa. Habilitação de suposta vítima como assistente do Ministério Público. Impossibilidade. Tutela de interesse público primário e não de interesse individual. Recurso provido para cassar a decisão que admitiu a assistência. 375
- Agravo de instrumento – Saúde pública. Direito constitucional social e fundamental. Fornecimento de remédio excepcional. Hipossuficiência não demonstrada. Recurso desprovido. 450
- Agravo de instrumento – Saúde pública. Fornecimento de medicamentos. Competência solidária. Chamamento da União ao processo. Recurso desprovido. Maioria de votos. 211
- Agravo regimental em recurso extraordinário – Concurso público. Bombeiro militar. Limite de idade. Admissibilidade. Aplicação da teoria do fato consumado. Recurso desprovido. 175
- Recurso especial – Ingresso em cargo de serventia cartorária, após a vigência da CF/88, sem concurso público. Nulidade do ato. Decisão em sintonia com a jurisprudência do STJ. Recurso desprovido. 207

REGIMENTO INTERNO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA

- Art. 150 455, 473

RESCISÃO DE CONTRATO

- Consórcio – Administradora. Liquidação extrajudicial. Prestações pagas. Pedido de restituição. Preliminar de incompetência do juízo. Rejeição. Perdas e danos e honorários advocatícios. Arbitramento. Litigância de má-fé. Ausência. Recurso da administradora desprovido e provido o adesivo. 369

RESCISÃO DE CONTRATO

— Venda imobiliária – Rescisão por inadimplemento. Regresso ao *status quo ante*. Direito da vendedora às perdas e danos. Cláusula penal compensatória. Redução. Liquidação equânime da relação. Recursos desprovidos.... 271

RESOLUÇÃO

— N. 44/2007 (Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina)..... 87

ROUBO E LATROCÍNIO

— Concurso material – Prefaciais. Rejeição. Autoria e materialidade ancoradas no conjunto probatório. Emprego de arma de fogo e concurso de pessoas. Condenação. Adequação das reprimendas. Possibilidade. Apelos de um dos acusados e do Ministério Público parcialmente providos. 623

ROUBO QUALIFICADO

— Emprego de arma e concurso de pessoas – Assalto a banco. Materialidade e autoria comprovadas. Recepção e falsificação de documento particular. Autoria e materialidade incontestes. Redução da pena de um dos réus. Provimento parcial de um dos recursos e desprovimento do outro.558

SEPARAÇÃO JUDICIAL LITIGIOSA

— Bem imóvel – Aquisição anterior ao casamento. Comunhão parcial. Partilha negada. Benfeitorias realizadas no curso da sociedade matrimonial. Pretensão ao partimento. Inovação recursal. Decisão mantida. Recurso desprovido..... 311

SÚMULA – TST

— N. 331..... 25

SÚMULAS – STF

— N. 256.....	455
— N. 618.....	428

SÚMULAS – STJ

— N. 43.....	455
— N. 45.....	455
— N. 54.....	243, 455
— N. 70.....	428
— N. 114.....	428
— N. 150.....	211
— N. 231.....	623
— N. 254.....	243
— N. 280.....	419

TRÁFICO DE ENTORPECENTE

—	<i>Vide</i> Crime contra a saúde pública.
---------	---

ÍNDICE ONOMÁSTICO

Ana Cláudia Torret Rocha.....	25
Ellen Gracie.....	179
Eros Grau.....	175
Fernando Carioni.....	263, 254
Francisco Oliveira Filho.....	171, 156
Irineu João da Silva.....	588, 593
Jaime Ramos.....	230
Jânio Machado.....	455, 473
Joaquim Barbosa.....	186
Joel Dias Figueira Júnior.....	243, 238
Jorge Luiz de Borba.....	149
Jorge Mussi.....	195
José Carlos Carstens Köhler.....	356
José Delgado.....	207
José Inácio Schaefer.....	369, 364
José Volpato de Souza.....	547, 530
Luiz César Medeiros.....	228
Maria do Rocio Luz Santa Ritta.....	271, 285, 156
Mariana Ortiga.....	163
Maurílio Moreira Leite.....	44, 84
Moacyr de Moraes Lima Filho.....	675
Monteiro Rocha.....	340, 324
Osvaci Amaro Venâncio Júnior.....	87
Paulo Gallotti.....	202
Salette Silva Sommariva.....	152
Sérgio Luiz Junkes.....	111

Sérgio Paladino	582, 572, 577
Sérgio Roberto Baasch Luz.....	375, 428
Sônia Maria Schmitz.....	450, 221
Souza Varella	558
Torres Marques	666
Trindade dos Santos	292, 311
Tulio Pinheiro.....	609, 623
Vanderlei Romer.....	396, 419

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

Inge Ignez Ruschel Horn

Maria Carlota de Medeiros

Maria Fernandes Bez

Osvaci Amaro Venâncio Júnior

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

Montagem, impressão e acabamento: Divisão de Artes Gráficas/DIE