

**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 e 3º trimestre de 2009 – N. 119 – Florianópolis – SC – 2010

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 acórdãos do Tribunal de Justiça de Santa Catarina são cópia fiel do original que está nos respectivos autos. 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

(novembro de 2010)

Presidente

Des. José TRINDADE DOS SANTOS

Primeiro Vice-Presidente

Des. José GASPAR RUBIK

Segundo Vice-Presidente

Des. José MAZONI FERREIRA

Terceiro Vice-Presidente

Des. Antônio do Rêgo MONTEIRO ROCHA

Corregedor-Geral da Justiça

Des. SOLON d'EÇA NEVES

Vice-Corregedor-Geral da Justiça

Des. CESAR Augusto Mimoso Ruiz ABREU

Des. CARLOS PRUDÊNCIO

Des. PEDRO MANOEL ABREU

Des. João Eduardo SOUZA VARELLA

Des. CLÁUDIO BARRETO DUTRA

Des. NEWTON TRISOTTO

Des. SÉRGIO Torres PALADINO

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. 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
Desa. SALETE SILVA SOMMARIVA
Des. RICARDO Orofino da Luz FONTES
Des. SALIM SCHEAD DOS SANTOS
Desa. MARIA DO ROCIO LUZ SANTA RITTA
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
Des. JOEL DIAS FIGUEIRA JÚNIOR
Des. CLÁUDIO VALDYR HELFENSTEIN
Des. RODRIGO ANTÔNIO da Cunha
Des. JÂNIO de Souza MACHADO

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 JAIME Luiz VICARI
Juiz de Direito de Segundo Grau PAULO ROBERTO CAMARGO COSTA
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 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 CARLOS ALBERTO CIVINSKI
Juiz de Direito de Segundo Grau LUIZ FERNANDO BOLLER
Juiz de Direito de Segundo Grau RODRIGO TOLENTINO DE CARVALHO
COLLAÇO
Juíza de Direito de Segundo Grau DENISE VOLPATO
Juiz de Direito de Segundo Grau CARLOS ADILSON SILVA
Juiz de Direito de Segundo Grau STANLEY DA SILVA BRAGA
Juiz de Direito de Segundo Grau NEWTON VARELLA JÚNIOR
Juiz de Direito de Segundo Grau ALTAMIRO DE OLIVEIRA
Juiz de Direito de Segundo Grau SAUL STEIL
Juiz de Direito de Segundo Grau GILBERTO GOMES DE OLIVEIRA
Juiz de Direito de Segundo Grau JAIRO FERNANDES GONÇALVES

ÓRGÃOS JULGADORES

TRIBUNAL PLENO

Presidente

Des. José TRINDADE DOS SANTOS

Des. José GASPAR RUBIK

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. 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. 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
Des. JOEL DIAS FIGUEIRA JÚNIOR
Des. CLÁUDIO VALDYR HELFENSTEIN
Des. RODRIGO ANTÔNIO da Cunha
Des. JÂNIO de Souza MACHADO

CONSELHO DA MAGISTRATURA

- Des. José TRINDADE DOS SANTOS – Presidente
- Des. José GASPAR RUBIK – 1º Vice-Presidente
- Des. SOLON d'EÇA NEVES – Corregedor-Geral da Justiça
- Des. José MAZONI FERREIRA – 2º Vice-Presidente
- Des. Antônio do Rêgo MONTEIRO ROCHA – 3º Vice-Presidente
- Des. CESAR Augusto Mimoso Ruiz ABREU – Vice-Corregedor-Geral da Justiça
- Des. IRINEU JOÃO DA SILVA
- Des. LUIZ CARLOS FREYESLEBEN
- Des. NEWTON JANKE
- Desa. MARLI MOSIMANN Vargas
- Des. VICTOR José Sebem FERREIRA
- Des. CLÁUDIO VALDYR HELFENSTEIN

ÓRGÃO ESPECIAL

- Des. José TRINDADE DOS SANTOS – Presidente
- Des. CARLOS PRUDÊNCIO
- Des. José GASPAR RUBIK
- Des. PEDRO MANOEL ABREU
- Des. CLÁUDIO BARRETO DUTRA
- 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 (Substituindo o Des. João Eduardo SOUZA VARELLA)
- Des. NELSON Juliano SCHAEFER MARTINS
- Des. JOSÉ VOLPATO de Souza
- Des. SÉRGIO Roberto BAASCH LUZ (Substituindo o Des. FERNADO CARIONI)
- Des. CESAR Augusto Mimoso Ruiz ABREU
- Des. RICARDO Orofino da Luz FONTES
- Des. JAIME RAMOS
- Des. NEWTON JANKE

Des. LÉDIO ROSA DE ANDRADE
Des. SÉRGIO Izidoro HEIL
Des. JOÃO HENRIQUE BLASI
Des. JORGE LUIZ DE BORBA (Substituindo a Desa. SALETE SILVA SOMMARIVA)

GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO CIVIL

Des. CARLOS PRUDÊNCIO – Presidente
Des. João Eduardo SOUZA VARELLA
Des. ELÁDIO Torret ROCHA
Des. NELSON Juliano SCHAEFER MARTINS
Des. FERNANDO CARIONI
Des. LUIZ CARLOS FREYESLEBEN
Des. MARCUS TULIO SARTORATO
Desa. MARIA DO ROCIO LUZ SANTA RITTA
Des. SÉRGIO Izidoro HEIL
Des. VICTOR José Sebem FERREIRA
Des. JOEL DIAS FIGUEIRA JÚNIOR
Juiz de Direito de Segundo Grau STANLEY DA SILVA BRAGA

GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO COMERCIAL

Des. RICARDO Orofino da Luz FONTES – Presidente
Des. Marco Aurélio GASTALDI BUZZI
Des. SALIM SCHEAD DOS SANTOS
Des. LÉDIO ROSA DE ANDRADE
Des. JORGE Henrique SCHAEFER MARTINS
Des. José Carlos CARSTENS KÖHLER
Des. JORGE LUIZ DE BORBA
Desa. REJANE ANDERSEN
Des. JÂNIO de Souza MACHADO
Juiz de Direito de Segundo Grau PAULO ROBERTO CAMARGO COSTA
(Substituindo o Des. CLÁUDIO VALDYR HELFENSTEIN)
Juiz de Direito de Segundo Grau JOSÉ INÁCIO SCHAEFER (Substituindo o Des.
CESAR Augusto Mimoso Ruiz ABREU)
Juiz de Direito de Segundo Grau STANLEY DA SILVA BRAGA (Substituindo o Des.
RODRIGO ANTÔNIO da Cunha)

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. WILSON AUGUSTO DO NASCIMENTO
Des. JOSÉ VOLPATO de Souza
Des. SÉRGIO Roberto BAASCH LUZ
Des. CID José GOULART Júnior
Des. JAIME RAMOS
Des. NEWTON JANKE
Des. JOÃO HENRIQUE BLASI

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Des. CARLOS PRUDÊNCIO – Presidente
Des. JOEL DIAS FIGUEIRA JÚNIOR
Juiz de Direito de Segundo Grau STANLEY DA SILVA BRAGA (Cooperador)
Juíza de Direito de Segundo Grau DENISE VOLPATO (Cooperadora)
Juiz de Direito de Segundo Grau SAUL STEIL (Cooperador)

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Des. NELSON Juliano SCHAEFER MARTINS – 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 TULLIO 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. VICTOR José Sebem FERREIRA

Juiz de Direito de Segundo Grau CARLOS ADILSON DA SILVA substituindo o Des. João Eduardo SOUZA VARELLA

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

Juiz de Direito de Segundo Grau STANLEY DA SILVA BRAGA substituindo o Des. RODRIGO ANTÔNIO da Cunha (Cooperador)

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

Des. JORGE Henrique SCHAEFER MARTINS – Presidente

Des. JORGE LUIZ DE BORBA

Desa. REJANE ANDERSEN

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

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

Des. Marco Aurélio GASTALDI BUZZI – Presidente

Des. JÂNIO de Souza MACHADO

Juiz de Direito de Segundo Grau PAULO ROBERTO CAMARGO COSTA substituindo o Des. CLÁUDIO VALDYR HELFENSTEIN (Cooperador)

QUARTA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

Des. LÉDIO ROSA DE ANDRADE – Presidente

Des. José Carlos CARSTENS KÖHLER

Juiz de Direito de Segundo Grau JOSÉ INÁCIO SCHAEFER substituindo o Des.

Des. CESAR Augusto Mimoso Ruiz ABREU

Juiz de Direito de Segundo Grau ALTAMIRO DE OLIVEIRA (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. CID José GOULART Júnior – Presidente

Des. NEWTON JANKE

Des. JOÃO HENRIQUE BLASI

Juiz de Direito de Segundo Grau RICARDO José ROESLER (Cooperador)

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

Des. PEDRO MANOEL ABREU – Presidente

Des. LUIZ CÉZAR MEDEIROS

Des. WILSON AUGUSTO DO NASCIMENTO

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 RODRIGO Tolentino de Carvalho COLLAÇO
(Cooperador)

CÂMARA ESPECIAL REGIONAL DE CHAPECÓ

Des. CESAR Augusto Mimoso Ruiz ABREU – Presidente

Des. JORGE LUIZ DE BORBA

Juiz de Direito de Segundo Grau GILBERTO GOMES DE OLIVEIRA

Juiz de Direito de Segundo Grau JAIRO FERNANDES GONÇALVES

CÂMARA CIVIL ESPECIAL

Des. Antônio do Rêgo MONTEIRO ROCHA – 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

Juiz de Direito de Segundo Grau LUIZ FERNANDO BOLLER

Juiz de Direito de Segundo Grau SAUL STEIL

SEÇÃO CRIMINAL

Des. SÉRGIO Torres PALADINO – Presidente

Des. IRINEU JOÃO DA SILVA

Des. HILTON CUNHA JÚNIOR

Des. ALEXANDRE d'IVANENKO

Des. MOACYR DE MORAES LIMA FILHO

Desa. MARLI MOSIMANN VARGAS

Juiz de Direito de Segundo Grau ROBERTO LUCAS PACHECO (Substituindo o

Des. José Antônio TORRES MARQUES)

Juiz de Direito de Segundo Grau NEWTON VARELLA JÚNIOR (Substituindo o Des. RUI Francisco Barreiros FORTES)

Juiz de Direito de Segundo Grau ALTAMIRO DE OLIVEIRA (Substituindo a Desa. SALETE SILVA SOMMARIVA)

PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL

Des. HILTON CUNHA JÚNIOR – Presidente

Desa. MARLI MOSIMANN VARGAS

Juiz de Direito de Segundo Grau NEWTON VARELLA JÚNIOR (Cooperador e Substituindo o Des. RUI Francisco Barreiros FORTES)

SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL

Des. SÉRGIO Torres PALADINO – Presidente

Des. IRINEU JOÃO DA SILVA

Juiz de Direito de Segundo Grau ALTAMIRO DE OLIVEIRA (Juiz de Direito de Segundo Grau ALTAMIRO DE OLIVEIRA (Substituindo a Des. SALETE SILVA SOMMARIVA)

Desa. SALETE SILVA SOMMARIVA)

Juiz de Direito de Segundo Grau TULIO José Moura PINHEIRO (Cooperador)

TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL

Des. ALEXANDRE d'IVANENKO – Presidente

Des. MOACYR DE MORAES LIMA FILHO

Juiz de Direito de Segundo Grau ROBERTO LUCAS PACHECO (Cooperador e substituindo o Des. José Antônio TORRES MARQUES)

JUÍZES CORREGEDORES

Juiz de Direito DINART FRANCISCO MACHADO

Juíza de Direito SORAYA NUNES LINS

Juiz de Direito VOLNEI CELSO TOMAZINI

Juiz de Direito OSMAR MOHR

Juiz de Direito ALEXANDRE KARAZAWA TAKASCHIMA

COORDENADORIA DE MAGISTRADOS

Juiz LUIZ FELIPE SIEGERT SCHUCH

CHEFE DE GABINETE DA PRESIDÊNCIA

RIZA QUARESMA BUTTER

DIREÇÃO-GERAL ADMINISTRATIVA

SÉRGIO GALLIZA

DIREÇÃO-GERAL JUDICIÁRIA

CLEVERSON OLIVEIRA

SUMÁRIO

5 COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DOCTRINA

- 25 O judiciário entre garantia do mercado ou dos direitos fundamentais: a “resposta correta”, com Lenio Streck – Alexandre Morais da Rosa.
- 46 A responsabilidade civil por infecção hospitalar – Domingos Afonso Krieger Filho.
- 70 As audiências judiciais como fator de perda de qualidade no judiciário catarinense – Fernando Cordioli Garcia.
- 108 O cadastro único informatizado de adoção e abrigo (CUIDA) como referência nacional: busca da qualidade e eficiência na gestão judiciária – Iolmar Alves Baltazar.
- 136 Apontamentos sobre a responsabilidade civil do cirurgião-dentista – Márcio Schiefler Fontes.
- 174 A relativização da coisa julgada nas ações de filiação e o princípio da segurança jurídica – Maurício Cavallazzi Póvoas.
- 212 Ausência de monopólio no serviço público de transporte coletivo urbano – Orlando Luiz Zanon Júnior.
- 238 As questões prejudiciais na União Européia e no Mercado Comum do Sul (Mercosul): existência, aplicação, extensão e alternativas – Stephan Klauss Radloff.

NOTICIÁRIO

- 273 Discurso de posse do Dr. Cláudio Valdyr Helfenstein no cargo de Desembargador do Tribunal de Justiça de Santa Catarina.
- 281 Discurso proferido pelo Des. João Eduardo Souza Varella, Presidente do TJ em saudação ao Des. Cláudio Valdyr Helfenstein.
- 284 Discurso de despedida do Des. Amaral e Silva, perante o Tribunal Pleno, onde comunica sua aposentadoria.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

- 301 Agravo Regimental no Recurso Extraordinário
- 306 Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário
- 310 *Habeas Corpus*

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

- 325 Recurso em Mandado de Segurança
- 346 Recursos Especiais

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA

TRIBUNAL PLENO

367 Ações Diretas de Inconstitucionalidade

CÂMARA CIVIL ESPECIAL

410 Agravo em Agravo de Instrumento

GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO

435 Mandado de Segurança

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

450 Apelação Cível

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

463 Agravo de Instrumento

478 Apelações Cíveis

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

567 Apelação Cível

QUARTA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

582 Apelação Cível

592 Mandado de Segurança

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

603 Apelações Cíveis

QUARTA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

670 Apelações Cíveis

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

720 Apelações Cíveis

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

761 Apelação Cível em Mandado de Segurança

770 Mandado de Segurança

SEÇÃO CRIMINAL

808 Revisão Criminal

816 Embargos Infringentes

SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL

- 836 Recurso Criminal
- 843 Apelações Criminais

TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL

- 870 Apelação Criminal
- 885 Recurso Criminal

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

921 **ÍNDICE NUMÉRICO**

927 **ÍNDICE POR ASSUNTO**

955 **ÍNDICE ONOMÁSTICO**

DOCTRINA

O JUDICIÁRIO ENTRE GARANTIA DO MERCADO OU DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: A “RESPOSTA CORRETA”, COM LENIO STRECK

Alexandre Moraes da Rosa*

RESUMO

Este texto discute a superação do discurso da Justiça Econômica apresentado pela *Law and Economics*, confrontando-a com a efetivação do Estado Democrático de Direito, mediante a aplicação da “resposta correta”, desenvolvida por Lenio Streck.

Palavras-chave: Resposta correta. Direitos fundamentais. Judiciário.

INTRODUÇÃO

Este artigo objetiva estabelecer um diálogo¹ a partir da discussão do “lugar” e da “função” do Poder Judiciário no atual estágio da democracia, em construção, no Brasil, principalmente no que se relaciona aos Direitos Fundamentais (FERRAJOLI, 1999, 2001a, 2001b, 2006, 2007) em cotejo com o discurso eminentemente pragmático imposto pelo discurso mundializado neoliberal (FRIEDMAN, 1984; FRIEDMAN e FRIEDMAN, 1990; NUNES, 2003; TORTELLA, 2000; COUTINHO, 2006; HAYEK, 1985, 2001, 2005), avivado pela “Análise Econômica do Direito – AED”.

* Doutor em Direito (UFPR), mestre em Direito (UFSC), professor do Programa de Mestrado em Direito da Univali (SC), membro do Núcleo de Direito e Psicanálise da UFPR e Juiz de Direito (SC). Realizou estágio de pós-doutoramento na Faculdade de Direito de Coimbra e na Unisinos. Endereço eletrônico: alexandremoraisdarosa@gmail.com.

1 Este trabalho está inserido no contexto das discussões realizadas com o Professor Doutor José Manuel Aroso Linhares e conta com a interlocução proporcionada pelo Professor Doutor Lenio Luiz Streck.

Realinhando a discussão numa perspectiva de construção do Estado Democrático de Direito, apresenta-se a proposta formulada por Streck (2008), com base em Dworkin, que constitui um sendero no atual contexto brasileiro. Enfim, procura-se reordenar as coordenadas simbólicas de um Poder Judiciário perdidas em seu dilema de personalidade, apontando para uma escolha: *entre garantia do Mercado ou dos Direitos Fundamentais*.

AS BASES DO DISCURSO MUNDIALIZADO DA JUSTIÇA ECONÔMICA

Partindo do mercado como Instituição necessária, mas não suficiente, o pensamento neoliberal reconhece a necessidade da manutenção do Estado como uma ferramenta de conserto. Não como um agente econômico dirigente, mas garantidor reformado da Instituição maior: o Mercado. Desse ponto de vista, há um caráter acessório do Sistema Jurídico. Sua função é a de reduzir os “ruídos/externalidades”, isto é, quando o comportamento não gera os resultados mais eficientes, capazes de impedir um utópico “custo zero” de transação. A intervenção do Estado somente é convocada como último recurso. Nessa perspectiva, o Estado é reduzido em suas atividades, isto é, passa a ser um Estado Mínimo, permanentemente fixo além das fronteiras do mercado. O Estado fica no “banco de reservas” e é convocado a participar do jogo do mercado sempre que houver necessidade da redução/exclusão de ruídos internos, para que a força, antes legitimada pelo Estado, possa se justificar. Fica, portanto, em posição de espera. Há proeminência de mecanismos próprios do mercado e/ou privilegiam-se meios privados de resolução de conflitos (ADRs). Assim, somente nos casos-limite é que a convocação do Estado se faz presente, justificando o sacrifício da autorregulação, mediante uma intervenção subsidiária. Consequência disso é a redução das possibilidades de intervenções estatais, sob o fundamento de que os próprios sujeitos – donos do direito de

liberdade inalienável – possam buscar, por si e no ambiente do Mercado, as melhores escolhas².

Somente as condutas lesivas ao ideal funcionamento do Mercado podem ser implementadas, sempre na perspectiva de devolvê-lo ao seu funcionamento perfeito. O princípio unificador do Sistema é o vazio absoluto do Mercado. Qualquer intervenção do Estado precisa estar justificada por “lesividades mensuráveis” do funcionamento do Mercado. Aquele não pode intervir no funcionamento natural deste para o efeito de conferir direitos (sociais), na trilha de uma Justiça Social.

Com efeito, Posner (1995), ao se filiar parcialmente ao Neopragmatismo, mantém o legado dos clássicos como Peirce, James e Dewey e manipula a herança filosófica para, convocando Cardozo (2004), justificar a intervenção judicial alinhada ao bem-estar social, enfeitando, assim, a tradição ocidental do “racionalismo jurídico”. O Judiciário é composto por homens que estão de acordo quanto à decisão correta no campo de uma matriz de verdade diversa. Os textos jurídicos são ferramentas para escolha da melhor decisão conforme o critério econômico³, sem que os critérios hermenêuticos de um direito, alicerçados em Direitos Fundamentais, possam oferecer a melhor resposta ao Mercado. Dito de outra forma, a *Law and Economics* analisa o impacto jurídico na economia de uma perspectiva interna, não de campos distintos. Isso implica em analisar as

2 “En esta perspectiva, la política debe conferir ‘derechos’ a aquellos que podrian ganarlos de todas formas en la competencia privada, y concentrarse en minimizar los costos de las transacciones en negocios privados e en facilitar la compensación social” (CARTER, 1992, p. 181).

3 “A interpretação dos textos legais não é um exercício de lógica, e seus limites são tão elásticos que põem em dúvida a utilidade dos conceitos. Os pragmatistas indagarão qual das possíveis soluções produzirá as melhores conseqüências, uma vez reconhecida a dificuldade da problemática natureza da interpretação das leis. [...] De outro lado, é improvável que um juiz pragmatista se comova com considerações sentimentais, como piedade, ou com tradições morais. Mas é sempre admissível que pelos menos alguma parte do discurso do formalismo legal – no que concerne à preocupação com uma rigorosa adesão aos precedentes judiciais – seja considerada como o melhor guia para a prolação da decisão judicial” (MACHADO FILHO, 2002, p. 79-94).

consequências do Direito na estrutura econômica, partindo de conceitos previamente dados sobre a conformação do Direito, da Justiça, da Teoria do Direito, da Moralidade, alterando o que estiver em desconformidade. O cotejo desses elementos é feito diante dos critérios de maximização do sistema econômico em detrimento de qualquer outro, especialmente de Justiça Distributiva. A escolha pela matriz filosófica do Pragmatismo decorre justamente do acolhimento da deficiência de fundamentação em nome da finalidade. Posner (2007), nesse pensar, defende a maximização de riqueza (do valor agregado a todos os bens e serviços, econômicos ou não econômicos) como a melhor justificativa filosófica da atuação do Sistema de Justiça. O “valor”, nesse contexto, significa o maior valor que o titular do bem/serviço quer para dele se separar ou o que o não titular está disposto a pagar para tê-lo. A “riqueza”, por sua vez, é o “valor” total dos bens/serviços (econômicos e não econômicos) e é eficiente quando potencializada nos usos mais rentáveis, sem distinção entre Direitos Fundamentais e Direitos Patrimoniais.

A AED, todavia, não pode ser reduzida a um método de interpretação eficiente. Ela é muito mais: representa uma ruptura no modelo hermenêutico ocidental e visa encontrar-se num universo filosoficamente pragmático. Essa mudança da matriz filosófica é o meio pelo qual a lógica causa-efeito é desconsiderada, passando-se a usar o padrão da eficiência⁴. A manipulação é maior, se considerada com base no paradigma da Filosofia da Consciência. Já no caso da Filosofia da Linguagem, acolhida de bom grado neste escrito, com Lenio Streck, o que se dá é a percepção de que os significantes são manipulados para se postarem de maneira diversa, mas vinculados ao significante um: a eficiência, a qual, de seu turno, modifica-se conforme as necessidades do caso. Essa é uma forma de interpretar que parte

4 “Não é admissível, em hipótese alguma, sinonimizar efetividade com eficiência, principalmente por desconhecimento. Afinal, aquela reclama uma análise de *fins*; esta, a eficiência, desde a base neoliberal, responde aos *meios*” (COUTINHO, 2006, p. 34).

de escolhas ideológicas pré-dadas, não discutidas e encantadoras. A Justiça corresponde ao significante “eficiência” e, portanto, pretende evitar que se aponte a fragilidade da teoria. Mas não consegue, definitivamente.

ENTRE SUBSTANCIALISTAS E PROCEDIMENTALISTAS

No cenário brasileiro, cabe convocar Wernneck Vianna et al. (1999), que, do ponto de vista sociológico, apresentam uma contribuição absolutamente necessária ao enfrentamento da questão do ato decisório, por indagar de que forma as funções normativizadoras articulam-se após a Constituição da República de 1988 em face das novas demandas sociais trazidas ao palco de batalhas do Poder Judiciário. No que interessa à construção deste texto, cumpre destacar que o Poder Judiciário foi mantido durante muito tempo em verdadeira “situação de estufa” (VIANNA et al., 1997) das questões sociais, manietado que estava pelo patrulhamento totalitarista e acostumado a resolver, na forma da lei, as demandas individuais. Diante da exigência de implementação dos Direitos Fundamentais e, especialmente, depois dos insucessos dos planos econômicos, as contingências fizeram que “o Judiciário se constituísse no único lugar de defesa do cidadão e das empresas” (VIANNA et al., 1997).

A Constituição da República de 1988 instituiu um grande rol de Direitos Fundamentais cuja factibilização se mostrou e se mostra complicada, mormente após o levante neoliberal, com a paulatina retirada do Estado de funções essenciais, mormente numa sociedade à margem do capitalismo central. Relembre-se que, para o modelo neoliberal, o Estado deve ser mínimo no social e forte na repressão. É certo que a Constituição do Brasil de 1988 é uma Constituição Dirigente, na linha do que defende

Canotilho (2001, p. 20)⁵, reiterada recentemente. Assim, as normas ditas programáticas são cogentes, a se realizar, pois, no plano da *praxis* forense. Mesmo assim, os discursos de normas programáticas e de não aplicabilidade ganharam contornos impressionantes diante do dilema de personalidade da magistratura pós-88. Por outras palavras, embora tenha havido a mudança de uma ordem constitucional, no plano decisório, até recentemente, diante da rígida (e equivocada) compreensão republicana de separação de poderes e vontade da maioria, pouca coisa mudou (CATTONI, 2000, p. 26). É verdade que o constituinte partiu da lógica da compensação ao elencar uma generosa declaração de Direitos Sociais e Fundamentais, cujo cumprimento era (e é) de difícil alcance, normalmente deixando para a legislação complementar – na maioria, não editada – a regulamentação das promessas enunciadas. Neves (1994, p. 32-34) denomina essas promessas impossíveis de cumprimento de “legislação álibi”, ou seja, “o legislador, sob pressão direta, elabora diplomas normativos para satisfazer a expectativa dos cidadãos, sem que com isso haja o mínimo de condições de efetivação das respectivas normas”.

De qualquer forma, a articulação da sociedade civil a partir do aumento dos legitimados processualmente – substituição processual, dentre outros instrumentos – fez com que a efetivação desses direitos fosse exigida perante o Poder Judiciário (OLIVEIRA, 2003; BRANDÃO, 2006), fazendo surgir, no Brasil, a figura da Judicialização da política⁶, cuja relevância contemporânea é fundamental para compreender o que se passa na posição

5 “Alguma coisa ficou, porém, da programaticidade constitucional. Contra os que ergueram as normas programáticas, a ‘linha de caminho de ferro’ neutralizadora dos caminhos plurais da implantação da cidadania, acreditamos que os textos constitucionais devem estabelecer as premissas materiais fundantes das políticas públicas num Estado e numa sociedade que se pretendem continuar a chamar de direito, democráticas e sociais.”

6 “O protagonismo do Judiciário, assim, é menos o resultado desejado por esse Poder, e sim um efeito inesperado da transição para a democracia, sob a circunstância geral – e não apenas brasileira – de uma restauração das relações entre o Estado e a Sociedade, em consequência das grandes transformações produzidas por mais um surto de modernização do capitalismo” (VIANNA et al., 1997, p. 12).

do Poder Judiciário brasileiro (MARCELLINO JUNIOR, 2009). A atuação do Executivo difere do (que deveria acontecer no) Judiciário, pois se dá por agendas econômicas e, não raro, os juízes são tachados de insensíveis ao contexto econômico, ao não aplicarem a razão instrumental em suas decisões. Isso é o que aponta a *Law and Economics*, ou seja, inverte-se o critério, partindo dos Direitos Fundamentais, que, em tempos neoliberais, configura “crime hediondo”. Todos esses fatores articulados culminam em demandas formuladas perante o Poder Judiciário (ABREU, 2004, p. 257-258) e, por via de consequência, na judicialização da política⁷. No pós-88, houve um paulatino enfraquecimento do Poder Legislativo diante dos mecanismos de criação normativos – Medidas Provisórias (PESSANHA, 2002, p. 141-194) – e do controle da pauta congressista pelo Executivo conforme a orientação econômica⁸. Paralelamente a isso, a estrutura do modelo neoliberal introduzida no Brasil trouxe consigo a desestruturação

7 “Em torno do Poder Judiciário vem-se criando, então, uma nova arena pública, externa ao circuito clássico ‘sociedade civil – partidos – representação – formação da vontade majoritária’, consistindo em ângulo perturbador para a teoria clássica da soberania popular. Nessa nova arena, os procedimentos políticos de mediação cedem lugar aos judiciais, expondo o Poder Judiciário a uma interpelação direta de indivíduos, de grupos sociais e até de partidos – como nos casos de países que admitem o controle abstrato de normas – e um tipo de comunicação em que prevalece a lógica dos princípios, do direito material, deixando-se para trás as antigas fronteiras que separavam o tempo passado, de onde a lei geral e abstrata hauria seu fundamento, do tempo futuro, aberto à inflação do imaginário, do ético e do justo. Tal contexto institucional, dominante, em maior ou em menor medida, nos países ocidentais, além de expressar um movimento de invasão do direito na política e na sociabilidade, tem dado origem a um novo personagem da *intelligentzia*: os magistrados e os membros do Ministério Público. ‘Guardiães das promessas’, na qualificação de Garapon, em meio ao mundo laico dos interesses e da legislação ordinária, seriam os portadores das expectativas de justiça e dos ideais da filosofia que, ao longo da história do Ocidente, se teriam naturalizado no campo do direito” (VIANNA et al., 1999, p. 22-23).

8 “Tal déficit se faria indicar pela predominância do Executivo sobre o Legislativo, evidenciada pela prática abusiva da edição de Medidas Provisórias, principalmente em matérias que não satisfazem a cláusula de reserva de emergência prevista na Constituição, importando em um processo de decisões que se vem subtraindo à formação da opinião tanto no âmbito parlamentar quanto no da sociedade civil nas questões estratégicas para os rumos da sociedade. [...] A partir dessa delegação de vontade por parte do soberano, tem-se gerado um circuito vicioso que vai das relações entre o vértice do Executivo com as bases locais, mediadas pelas clientelas jurisdicionadas pelos parlamentares com acesso aos recursos do poder político, à política assistencialista com que o governo tem buscado se legitimar” (VIANNA, 2002, p. 8-9).

do Estado⁹ em diversos setores, modificando a face intervencionista então prometida, transformando-o (sem ter sido Estado Providência) num Estado reduzido às atividades estritamente necessárias à manutenção da ordem (CADEMARTORI, 1999, p. 175-181): educação, saúde, segurança pública e judiciária, compartilhadas, na melhor tradição neoliberal, e paralelas ao ensino privado, ao plano de saúde, às empresas de segurança e arbitragem.

Para o enfrentamento dessa tensão entre Poder Judiciário, de um lado, e Executivo coadjuvado pelo Legislativo, de outro, tendo por objeto a agenda neoliberal e os Direitos Fundamentais, Vianna et al. (1997) propõem a divisão da postura de análise em dois eixos: substancialistas (Cappelletti-Dworkin) x procedimentalistas (Habermas-Garapon). Em linhas gerais, os substancialistas defendem a concretização dos Direitos Fundamentais constituídos e compartilhados pelos sujeitos na via do Poder Judiciário, enquanto os procedimentalistas propugnam uma atuação deste na garantia da participação no processo de tomada de decisões, retomando o sentido original de soberania popular (VIANNA et al., 1997, p. 22-37; GARAPON, 2001, p. 201). De qualquer maneira, o importante é que, a despeito das divergências, tal qual Dussel (2001, p. 157), ambos apontam o Poder Judiciário como “instituição estratégica nas democracias contemporâneas, não limitada às funções meramente declarativas do Direito, impondo-se, entre os demais Poderes, como uma agência indutora de um efetivo *checks and balances* e a garantia da autonomia individual e cidadã”

9 “Em primeiro lugar, é espantoso como o cenário da globalização investe maciçamente contra a estrutura de um Estado fundado na base da postura liberal. [...] A racionalidade neoliberal despreza o homem, mas assim o faz não só porque tende a admitir despreocupadamente os excluídos, mas porque, operando um desmonte do Estado, furta-lhe a possibilidade de exercer a função paterna, apondo aí o seu próprio ‘eu’, ou seja, o mercado. [...] Sem ele [Estado], já referi, não há desejo. [...] De qualquer sorte, a um mercado-Pai, que não tem qualquer referencial outro, não importam os efeitos, a não ser aqueles que enderecem na direção do lucro. Lucro, porém, é sinônimo de gozo, que tem por pressuposto a satisfação pela via do objeto. [...] Precisamos de uma certa ordem, sim; mas não nesse diapasão. [...] Em segundo lugar, falar em desmonte do Estado implica, necessariamente, em arrebentar as barreiras do direito. No neoliberalismo há um evidente desprezo pelo direito” (COUTINHO, 1996, p. 67-69).

(VIANNA et al., 1999, p. 12). A tomada de posição pessoal – do jurista, do julgador – diante desses dois eixos modifica significativamente a maneira pela qual o magistrado se coloca diante dos pleitos formulados e constitui condição prévia de qualquer discussão democrática¹⁰.

Essa intimação, por meio de novas demandas, efetuada aos membros do Poder Judiciário inseridos em uma sociedade complexa, fez com que Vianna et al. (1997) se debruçassem sobre a figura do juiz. Sem cair em universalizações descabidas de sentido, até porque o sujeito um-juiz é singular – já deixou evidenciada a psicanálise há muito –, é possível, como que se aproximando pelas beiradas desnudadas pela Sociologia, verificar que a Instituição Judiciária se viu arrostada com esse novo papel social ao qual ainda não estava acostumada¹¹. No entanto, mediante essa tomada de posição pessoal, da qual depende o êxito da agenda de reconstrução da democracia e cidadania no País, como bem destacam Vianna et al. (1999), uma série de fatores necessitavam ser perscrutados perante a magistratura concreta com o fim de indagar qual o perfil almejado para o magistrado e até que ponto havia, de fato, a democratização da prática judicante. É preciso indagar “para que” e “a quem” o Poder Judiciário está servindo. Necessário é, pois, citar que a formação da carreira dos magistrados, no

10 “Com efeito, muito embora procedimentalistas e substancialistas reconheçam no Poder Judiciário (e, em especial, na justiça constitucional) uma função estratégica nas Constituições do segundo pós-guerra, a corrente procedimentalista, capitaneada por autores como Habermas, Garapon e John Ely, apresenta consideráveis divergências com a corrente substancialista, sustentada por autores como Cappelletti, Ackerman, Tribe, Perry, Wellington, e, em alguma medida por Dworkin, pelo menos na leitura que dele faz Robert Alexy, e no Brasil por juristas como Paulo Bonavides, Bandeira de Mello, entre outros. Para mim – e por isto sou substancialista – as teses procedimentalistas afastam o caráter dirigente-compromissário da Constituição (vejam-se as críticas de Habermas e Ely à legitimidade das decisões intervencionistas dos Tribunais Constitucionais; já Garapon vai dizer que a invasão da sociedade pelo Judiciário serve para o enfraquecimento da democracia representativa). Por tudo isto, acredito que temos que refletir acerca das tensões que exsurtem do embate entre procedimentalismo e substancialismo e que consequência isto terá na sobrevivência da idéia de Constituição Dirigente” (STRECK, 2003, p. 80-81).

11 “Trata-se de uma instância de decisão não só submissa e dependente da estrutura de poder dominante, como, sobretudo, de um órgão burocrático do Estado, desatualizado e inerte, de perfil fortemente conservador” (WOLKMER, 1997, p. 89).

Brasil, sempre se deu a serviço do poder central, das elites dominantes (WOLKMER, 1995), mas, atualmente, está mudando de sentido rumo a uma efetivação constitucional.

A reação do capital, contudo, é imediata – composta inclusive por certa casta da magistratura, habilmente cooptada pelos “jardins das elites” (ARRUDA JÚNIOR, 1995) –, no sentido de impor, dentre outros mecanismos, Súmula Vinculante, restrição à defesa e ao acesso à justiça¹², por seus reflexos econômicos¹³. Por básica, a função democrática do magistrado precisa de controles e não pode simplesmente seguir os caminhos indicados por interesses economicistas, como se verifica no Documento 319 do BID, inconfessáveis, de resto (ROSA; LINHARES, 2009, p. 33).

Partindo da premissa de que o “mito da neutralidade” do julgador está superado, pois a mirada implica numa opção ideológica, ainda que apegada ao positivismo, dado que implica sempre a acolhida de uma visão de mundo (CAPPELLETTI, 1974, p. 83), o Sistema Judiciário traz consigo, mesmo que latente, uma carga ideológica inafastável, mas o senso comum teórico “só-nega”. Isso demonstra a permanência da concepção sujeito/objeto, ou seja, o modo de fazer ciência que a modernidade legou. Sem neutralidade, pode-se afirmar, de um lado, que não existe mais o sujeito único, pasteurizado de valores, e, de outro, que esse espaço não pode ficar vazio, ao se inserir a assunção ideológica (COUTINHO, 1996). Aliás, tal discussão encontra-se no seio de qualquer reflexão democrática atual.

12 “O protagonismo do vértice, especialmente no eventual contexto de uma reforma constitucional que conceda efeitos vinculantes às súmulas dos tribunais superiores, implicaria converter, na prática, a magistratura em uma vasta burocracia, disseminada capilarmente em todo o tecido social, sob o seu comando centralizado. No caso de se afirmar uma tendência deste tipo, o tema moderno da desneutralização do Poder Judiciário bem que poderia produzir o resultado perverso de estimular o retorno das marcas anacrônicas do iberismo ilustrado brasileiro, em que uma elite, ao se investir do papel de intérprete privilegiado da reta razão, reclama obediência da sociedade em nome dos seus ditames superiores” (VIANNA et al., 1997, p. 47).

13 Ao se acometer ao Poder Judiciário a tarefa de “Justiça Social”, pode acontecer uma corrida pela litigância (POLINSKY; SHAVELL, 1991, p. 618-621).

Desse dar-se conta, assim, em muito depende para que lado a atuação ocorrerá, porque, sob o disfarce da neutralidade, conforme diz Lyra Filho (1984), não é mais possível se esconder: o que importa não é ser neutro (se ninguém o é) ou engajado (já que todos são): é achar o engajamento certo e defendê-lo.

Essas considerações foram necessárias para demonstrar que a postura adotada pelo julgador diante de sua visão de atuação do Poder Judiciário – Substancialista ou Procedimentalista – implica significativa modificação nas condicionantes da decisão a ser tomada, justamente porque a alteração do critério implica os significantes posteriores. Uma última advertência se faz necessária: a proposta de assunção ideológica não se caracteriza pelo resgate de uma “jurisprudência de valores”, mediante a concepção de “valores” sociais capazes de levar ao “Justo”, “Bem” ou “Bom”, até porque o critério de Justiça é externo, mas pela implementação hermenêutica da Constituição (MARRAFON, 2008), por meio da “resposta correta” (STRECK, 2007).

“RESPOSTA CORRETA”, DE LENIO STRECK

A tensão entre o texto e o sentido resultante da norma esteve banhada pela cisão entre sujeito e objeto. De um lado, encontra-se o sujeito universal, capaz de obter a mesma resposta mediante o método adequado; de outro, um objeto provido de essência. O observador poderia, dessa maneira, pelo método, reconfortar-se com a verdade. A estrutura era metafísica e herdada da Escolástica. A superação do esquema sujeito-objeto procura aterrar essa distinção para colocá-los num campo único: a linguagem. A extração da essência do texto desliza para o registro do Imaginário e contracena com uma ausência de mediação Simbólica decorrente da (de)formação filosófica dos atores jurídicos. É impossível a existência de um método universal. Por isso, manipula-se (este é o termo) o método, conforme as necessidades prévias do sentido, a saber: os métodos servem de argumento manifesto

do processo de compreensão latente, existente desde sempre e rejeitado por uma tradição inautêntica do Direito.

Para alcançar alguma sofisticação no campo jurídico, como apontam Lenio Streck e Ernildo Stein, as contribuições de Heidegger e Gadamer são fundamentais. Ao trazer a compreensão vinculada ao ser-aí, com base nas noções de círculo hermenêutico e diferença ontológica, Streck (2007, p. 42) proporciona uma nova maneira de embate hermenêutico: “Para interpretar, necessitamos compreender; para compreender, temos que ter a pré-compreensão, constituída de estrutura prévia do sentido – que se funda essencialmente em uma posição prévia, visão prévia e concepção prévia – que já une todas as partes do ‘sistema’”. Essa possibilidade contracena com a necessidade de enunciação, ausente na massa jogada na inautenticidade e fomentada por uma nova compreensão de sujeito, à deriva das amarras simbólicas, crente de uma autonomia imaginária que lhe autoconcederia dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa.

Nesse passo, Streck (2007) é enfático ao dizer que a tradução jurídica como tarefa prática não pode significar a relegitimação do “decisionismo” ou da “discricionariedade”, subprodutos da concepção (neo)positivista hegemônica, todavia, no campo da hermenêutica jurídica. Para romper com esse modelo, é preciso superar a Filosofia da Consciência e suas cisões metafísicas. Com Gadamer pode-se dizer que não há momentos hermenêuticos, dado que todos se vinculam ao momento da *applicatio*, a saber, do sentido. Embora se possa falar de textos jurídicos aplicados a um caso, não se trata (nem pode tratar-se) de relativismos absolutos entre casos similares. Dito de outra forma, não é porque são casos diferentes que sempre se podem aplicar resultados diversos. Há uma tradição que deve sustentar essa resposta que se aparta, de qualquer modo, da mera subsunção do pensamento estritamente lógico. Isso porque a lógica articula-se no plano matemático, desprovido de referência à faticidade; com a faticidade e o sujeito, num eterno e renovado círculo hermenêutico, não se pode

falar de verdades universais. O sentido é atravessado por um processo de compreensão que convoca diversos sujeitos e significantes, para que ocorra uma fusão de horizontes. Nesse momento de fusão de horizontes, contudo, incidem (ou deveriam incidir) constrangimentos de ordem sintática, semântica, pragmática e fundamentalmente da tradição, no que já se denominou de “bricolagem jurídica” (ROSA, 2006).

Com efeito, o primeiro desses constrangimentos – sintático – decorre da impossibilidade de serem construídas proposições (enunciados com sentido), se, e somente se, articuladas na forma de uma estrutura linguística. No caso do limite semântico, ainda que se possa articular com os contextos, portanto, com a dimensão pragmática, há um limite¹⁴ de sentido compartilhado que não se pode transcender¹⁵. Esse limite, cujos referenciais atualmente andam se perdendo, somente pode ser amarrado pela costura de um sujeito enunciator e uma tradição democrática. Caso haja sujeitos incapazes de promover enunciação, deságua-se na reiteração de verbetes jurisprudenciais, conceitos pré-dados, cujo trabalho passa a ser de explorador de conceitos, e não hermenêutico, reificando um verdadeiro, diz Streck (2007), “estado de natureza hermenêutico”. O constrangimento decorrente da tradição deve impor uma Referência, um limite democrático, aos sentidos que podem surgir e deslizar para diversas direções, mas que devem guardar uma pertinência com a Constituição da República tida como projeto emancipador.

14 “Toda a interpretação começa com um texto, até porque, como diz Gadamer, se queres dizer algo sobre um texto, deixe primeiro que o texto te diga algo. O sentido exsurgirá de acordo com as possibilidades (horizonte de sentido) do intérprete em dizê-lo, d’onde pré-juízos falsos acarretarão graves prejuízos hermenêuticos” (STRECK, 2007, p. 42).

15 “Quando se popularizou a assertiva de que texto não é igual à norma e que a norma é o produto da interpretação do texto, nem de longe quer dizer que o texto não vale nada ou que norma e texto sejam ‘coisas à disposição do intérprete’, ou, ainda, que depende do intérprete a ‘fixação da norma’” (STRECK, 2007, p. 43).

A tradição autêntica¹⁶ é o critério do sistema hermenêutico, ocupado necessariamente, diante do movimento Neoconstitucional, pela compreensão dirigente e compromissória das Constituições (CANOTILHO, 2001). A Constituição é o maior constrangimento de um processo hermenêutico (LINHARES, 2001). Por isso, a noção de Constituição, como significante inicial da cadeia de sentido, precisa ser invocada. Streck (2007, p. 35) sustenta:

Apesar da revolução copernicana produzida pela viravolta lingüístico-hermenêutica, é possível detectar nitidamente a sua não recepção pela hermenêutica jurídica praticada nas escolas de direito e nos tribunais, onde ainda predomina o método, mesmo que geneticamente modificado pelas teorias discursivas. Tantos métodos e procedimentos interpretativos postos à “disposição” dos juristas fazem com que ocorra a objetificação da interpretação, porque possibilitam ao intérprete *sentir-se desonerado de maiores responsabilidades na atribuição de sentido*, colocando no fetichismo da lei e no legislador a responsabilidade das anomalias do direito.

A compreensão como modo de ser convoca o campo da hermenêutica jurídica para uma nova e complexa tarefa. De um lado, opera-se uma crítica de como o Direito se apresenta, desvelando seus condicionantes; de outro, convoca-se uma responsabilidade processual e de enunciação. Talvez o maior espanto dos atores jurídicos quando confrontados com a Hermenêutica Filosófica decorra da necessidade da assunção de um lugar de enunciação, isto é, é preciso deixar de se situar na condição de consumidores de sentido *prêt-à-porter*. Desonerados dessa condição de consumidores, passam, muito rapidamente, a produtores de sentido. Esse acontecimento, todavia, dada a (de)formação filosófica e democrática, derrapa em totalitarismos (decisionismos) de sentido, não raro vivenciado

16 “A tradição autêntica (sentido da Constituição compreendido como o resgate das promessas da modernidade) reconstrói, a partir dessas ‘premissas’, em cada caso, a integridade e a coerência interpretativa do direito” (STRECK, 2007, p. 40).

por gente que (acha que) sabe o melhor, domina o “Justo” e o “Bom”¹⁷. No lugar de emissores do discurso, à deriva das amarras de uma tradição, passam a dizer o que bem lhes convier! Por isso, o desvelamento do lugar de enunciador precisa de uma mediação Simbólica que sirva de limite (de conteúdo variado, claro) ao que se pode (e como se pode) enunciar.

Embora o sujeito não domine a tradição, pois inserido numa estrutura de linguagem, sem metalinguagem salvadora, a relação social e seus intrincados condicionantes interagem na antecipação de sentido. Da “incindibilidade entre interpretar e aplicar” é que o sujeito, desde sempre inserido na faticidade, poderá enunciar alguma norma. Nesse ambiente Simbólico (linguístico), as distinções entre *Hard Cases* e *Easy Cases* perdem o sentido justamente porque a afirmação precedeu a própria pergunta, enfim, somente se pode afirmar posteriormente¹⁸. Assim, em face de uma certa compreensão de Constituição, pode-se falar em interpretação correta e incorreta diante do caso concreto, com base em uma “virtuosidade do círculo hermenêutico” (STRECK, 2007, p. 40).

Essa é a “resposta hermenêuticamente correta” proposta por Streck (2007, 2008), apesar de guardar uma vinculação, ou, como diz, uma “certa simbiose entre a teoria interpretativista de Dworkin e a fenomenologia hermenêutica (que abarca a hermenêutica filosófica), deve ser entendida como uma metáfora. Afinal, metáforas servem para explicar as coisas” (STRECK, 2007, p. 40). Evidentemente, há o dever de fundamentar as escolhas, isto é,

17 Isso decorre da compreensão (equivocada) de que o texto legal guarda consigo todas as possibilidades de sentido, as quais podem ser extraídas, pelo método adequado, pelos intérpretes autorizados, que reeditam a estrutura cristã da interpretação dos textos sagrados. Somente os escolhidos – antes pela Igreja em nome de Deus, e hoje pelos Juízes – teriam as chaves de acesso à porta da Verdade que se esconde nos textos.

18 “Fica sem sentido, destarte, separar/cindir a interpretação em *easy cases* e *hard cases*. Na medida em que o nosso desafio é levar os fenômenos à representação (pela linguagem), casos simples (*easy cases*) e casos complexos (*hard cases*) estão diferenciados pelo nível de possibilidade de objetivação, tarefa máxima de qualquer ser humano. Daí que, paradoxalmente, o caso difícil, quando compreendido corretamente, torna-se um ‘caso simples’. É aqui que – por ser correta (sequer nos perguntamos sobre ela) – a interpretação desaparece” (STRECK, 2007, p. 39).

reconstruir narrativamente o caminho de uma compreensão que acontece em face do ser-aí, no qual reside, talvez, a última garantia do sujeito.

CONCLUIR PARA CONTINUAR

A superação do verdadeiro “estado de natureza hermenêutico” pressupõe o desvelamento da tradição inautêntica que permeia a compreensão do Direito nesta quadra do pensamento contemporâneo, no qual a norma não impõe mais limite. A restauração do lugar do texto, enfim, de que ele possa dizer algo ao sujeito incluído no contexto democrático, pela “resposta correta”, parece ser um caminho viável. Especialmente, quando o discurso da *Law and Economics* apresenta-se, pelas consequências das decisões, apuradas em face do mercado e da eficiência, como o novo caminho da servidão!

Anote-se, por fim, que, diante das diversas “teorias da argumentação em Moda”, parece difícil o estabelecimento de um discurso que possa demonstrar as deficiências, na matriz, do pressuposto inautêntico. Essa sofisticação filosófica demanda deixar-se o campo da lógica e do encadeamento metonímico de significantes justamente para discutir o que antecede. Não se trata, obviamente, de desconhecer a importância da argumentação no campo da fundamentação das decisões no Estado Democrático de Direito. O que importa convocar, para usar uma metáfora, é que a estação em que a argumentação embarca no trem hermenêutico teve sua origem, desde sempre, em uma estação prévia, cuja problematização precisa ser desvelada. Não se trata, aqui, de invocar a distinção entre discurso de fundamentação e discurso de aplicação, visto que essa distinção arbitrária reedita o esquema sujeito-objeto produzido no campo epistemológico de meados do século passado. A partida do nosso trem hermenêutico compartilha com as pré-estações seu conteúdo variado, cujo sentido é preciso indagar. O acolhimento irrefletido da legitimidade democrática das estações antecedentes deságua na aceitação de um sentido adiante, mormente quando

a “eficiência” controla as estações. A grande sofisticação da hermenêutica filosófica é a de demonstrar que o percurso não pode ser feito da estação em diante. Implica, necessariamente, na indagação, nas pré-noções encadeadas nas estações antecedentes, num virtuoso círculo hermenêutico. Enfim, não se trata de rejeitar as contribuições de argumentação jurídica, mas de colocá-las no seu devido lugar na estrutura hermenêutica, sem que tenham a proeminência a que se propõem. Há um “para além filosófico” que condiciona o sentido, sempre.

É preciso, assim, entrar corretamente no “círculo hermenêutico” para rever a mirada dos pré-juízos, evitando, com isso, a manutenção do sujeito numa tradição inautêntica. Andar na contramão do positivismo jurídico assusta os motoristas que seguem, em fila, no caminho das verdades ponderadas pela eficiência. Para estes, parece complicado demonstrar que a direção precisa ser revista, porque isso não pode ser imposto, mas decorre de um processo de enunciação pouco problematizado. Exige, ademais, que o sujeito aceite enunciar e não se acomode mais no mero despejar de enunciados. De qualquer forma, a perspectiva de Streck (2007, 2008), além de inovadora, propicia o encontro entre o sujeito e a faticidade e opta, de maneira autêntica, como “resposta correta”, pela garantia dos Direitos Fundamentais, e não do Mercado. Que se queira e se consiga entrar no círculo hermenêutico! Essa é a tarefa democrática.

REFERÊNCIAS

ABREU, P. M. *Acesso à justiça e juizados especiais: o desafio histórico da consolidação de uma justiça cidadã*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. 179 p.

ARRUDA JÚNIOR, E. L. Gramsci e o direito: reflexões sobre novas juridicidades. In: _____; BORGES FILHO, N. *Gramsci – Estado, direito e sociedade: ensaios sobre a atualidade da filosofia da praxis*. Florianópolis: Letras Contemporâneas, 1995. 160 p.

BRANDÃO, P. T. *Ações constitucionais: novos direitos e acesso à justiça*. Florianópolis: OAB/SC, 2006. 319 p.

CADEMARTORI, S. *Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. 187 p.

CANOTILHO, J. J. G. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. 593 p.

CAPPELLETTI, M. *Proceso, ideologias, sociedad*. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1974. 361 p.

CARDOZO, B. N. *A natureza do processo judicial*. São Paulo: Martins Fontes, 2004. 133 p.

CARTER, L. H. *Derecho constitucional contemporaneo: la Suprema Corte y el arte de la política*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1992. 333 p.

CATTONI, M. *Devido processo legislativo*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000. 165 p.

COUTINHO, J. N. de M. Dogmática crítica e limites lingüísticos da lei. In: _____; LIMA, M. M. B. (Org.). *Diálogos constitucionais*:

direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. 518 p.

_____. Jurisdição, psicanálise e o mundo neoliberal. In: _____; MARQUES NETO, A. R. *Direito e neoliberalismo: elementos para uma leitura interdisciplinar*. Curitiba: Edibej, 1996. p. 32-45.

DUSSEL, E. *Hacia una filosofía política crítica*. Bilbao: Desclée, 2001. 475 p.

FERRAJOLI, L. *Derecho y razón*. Madrid: Trotta, 2001a. 1.020 p.

_____. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Madrid: Trotta, 1999. 180 p.

_____. *Garantismo: una discusión sobre derecho y democracia*. Madrid: Trotta, 2006. 136 p.

_____. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2001b. 392 p.

_____. *Principio iuris: teoria del diritto e della democrazia*. Laterza: Bari, 2007. 713 p.

FRIEDMAN, M. *Capitalismo e liberdade*. São Paulo: Abril, 1984. 187 p.

_____; FRIEDMAN, R. *Free to choose: a personal statement*. Orlando: Harcourt Books, 1990. 338 p.

GARAPON, A. *O juiz e a democracia: o guardião de promessas*. Rio de Janeiro: Revan, 2001. 294 p.

HAYEK, F. A. *Democracia, justicia y socialismo*. Madrid: Unión, 2005. 101 p.

_____. *Direito, legislação e liberdade*. São Paulo: Visão, 1985. 229 p.

_____. Principios de un orden social liberal. Madrid: Unión Editorial, 2001. 130 p.

LINHARES, J. M. A. *Entre a reescrita pós-moderna da modernidade e o tratamento narrativo da diferença ou a prova como um exercício de “passagem” nos limites da juridicidade: imagens e reflexos pré-metodológicos deste percurso*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. 926 p.

LYRA FILHO, R. *Por que estudar direito, hoje?.* Brasília: Nair, 1984. 173 p.

MACHADO FILHO, S. Pragmatismo jurídico crítico de Richard A. Posner e sua análise econômica do direito. *Notícia do Direito Brasileiro: Nova Série, UnB, Brasília, 2002. 9: 79-94.*

MARCELLINO JUNIOR, J. *Princípio constitucional da eficiência administrativa: (des)encontros entre economia e direito*. Florianópolis: Habitus, 2009. 272 p.

MARRAFON, M. A. *Hermenêutica e sistema constitucional: a decisão judicial entre o sentido da estrutura e a estrutura do sentido*. Florianópolis: Habitus, 2008. 199 p.

NEVES, M. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Acadêmica, 1994. 272 p.

NUNES, A. J. A. *Neoliberalismo e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. 135 p.

OLIVEIRA, J. A. *Direito à jurisdição: implicações organizacionais teóricas e políticas*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2003. 80 p.

PESSANHA, C. O poder executivo e o processo legislativo nas constituições brasileiras: teoria e prática. In: VIANNA, L. W. *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG, 2002. 559 p.

POLINSKY, M.; SHAVELL, S. A note on optimal fines when wealth varies among individuals. *American Economic Review*, 1991. 81:618-621.

POSNER, R. A. *Overcoming law*. Cambridge: Harvard University Press, 1995. 608 p.

_____. *Problemas de filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. 647 p.

ROSA, A. M. da. *Decisão penal: a bricolage de significantes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. 412 p.

_____; LINHARES, J. M. A. *Diálogos com a Law & Economics*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. 275 p.

STRECK, L. L. Bases para a compreensão da hermenêutica jurídica em tempos de superação do esquema sujeito-objeto. *Seqüência: estudos jurídicos e políticos*, 2007. 54:29-46.

_____. Intervenção. In: COUTINHO, J. N. M. (Org.). *Canotilho e a constituição dirigente*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. 144 p.

_____. *Verdade e consenso*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. 435 p.

TORTELLA, G. *La revolución del siglo XX*. Madrid: Taurus, 2000. 450 p.

VIANNA, L. W. *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG, 2002. 1559 p.

_____. et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1999. 272 p.

_____. et al. *Corpo e alma da magistratura brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 1997. 320 p.

WOLKMER, A. C. *Ideologia, estado e direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. 240 p.

_____. *Pluralismo jurídico*. São Paulo: Alfa-Ômega, 1997. 404 p.

A RESPONSABILIDADE CIVIL POR INFECÇÃO HOSPITALAR

Domingos Afonso Kriger Filho*

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 Contextualização do problema. 3 Conceito e disposições normativas relativas à infecção hospitalar. 4 O entendimento doutrinário e jurisprudencial a respeito do assunto. 5 A natureza jurídica dos serviços hospitalares. 6 A relação paciente–hospital e a legislação e princípios a ela aplicáveis. 7 A responsabilidade civil decorrente da prestação de serviços hospitalares. 8 A infecção como fator de periculosidade inerente ao serviço hospitalar. 9 Considerações finais. 10 Referências.

RESUMO

Tanto a ciência moderna quanto a nossa legislação reconhecem a impossibilidade de eliminação total dos riscos de infecção hospitalar. Em face dessa realidade, é possível repensar a responsabilidade civil decorrente de infecção contraída por pacientes internados utilizando uma nova abordagem, para substituir a antiga, que via a infecção hospitalar como uma falha na execução do serviço, por uma que a entende, em condições normais, como inerente ao modo de seu fornecimento.

Palavras-chave: Infecção hospitalar. Responsabilidade hospitalar. Riscos inerentes à atividade hospitalar.

* Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina; professor da Escola da Magistratura do Estado de Santa Catarina; advogado.

1 INTRODUÇÃO

É fato notório que os avanços da ciência têm propiciado uma constante evolução na área da assistência à saúde, que tem refletido na melhoria das condições de vida das pessoas e de toda a sociedade.

Todavia, apesar do enorme progresso científico experimentado pela medicina nos últimos tempos, pode-se observar que problemas antigos como as infecções hospitalares ainda persistem e representam uma grave ameaça à Saúde Pública, por afetar inúmeras pessoas em qualquer lugar do mundo.

Embora as discussões sobre infecção hospitalar sejam muito frequentes em estudos e publicações de outras áreas do conhecimento, especialmente da medicina, no campo do direito o assunto tem despertado pouco interesse da doutrina, que geralmente se satisfaz apontando para a responsabilização do nosocômio se a infecção ocorreu por condições de assepsia deficientes ou por interrupção do tratamento.

Ocorre que a problemática que gravita em torno do assunto, por envolver aspectos concernentes ao próprio direito da cidadania, não pode ser tratada e resolvida sob uma ótica restrita, já que subsistem lacunas de ordem técnica e jurídica que necessitam um estudo mais aprofundado, quando se deseja que a efetiva justiça prevaleça nos casos concretos trazidos à apreciação judicial.

Este trabalho tem por objetivo abordar o entendimento atual sobre infecções hospitalares¹, com vistas a desencadear reflexões com um enfoque diverso daquele que usualmente tem sido dado ao assunto, na intenção de

1 Quanto aos fatores de risco das infecções hospitalares, estes se classificam em *intrínsecos* (aqueles relacionados especificamente com o paciente, tais como a gravidade da doença de base, condição nutricional e idade) e *extrínsecos* (aqueles relacionados com o meio ambiente que cerca o paciente, como o uso de equipamentos, procedimentos invasivos e cuidados dispensados pela equipe). Como atualmente há consenso de que a infecção hospitalar originada de fatores intrínsecos não gera responsabilidade do hospital, a abordagem e as conclusões do presente trabalho referem-se exclusivamente às infecções causadas por fatores extrínsecos.

auxiliar os operadores do direito na solução das questões que envolvem esse complexo fenômeno, que a todos interessa.

Para alcançar tal desiderato, foi utilizada como metodologia a revisão da literatura e da legislação pertinentes ao tema, ao final confrontadas com decisões que envolveram a expressão *infecção hospitalar*, as quais, passando pelo crivo da interpretação do autor, permitiram-lhe tecer as derradeiras considerações de acordo com as categorias apreendidas.

2 CONTEXTUALIZAÇÃO DO PROBLEMA

Segundo a literatura médica, o surgimento das infecções hospitalares coincide com a abertura do primeiro hospital urbano em Roma, por volta do ano 330 a.C. A história relata que, nos tempos passados, os hospitais possuíam uma função mais caritativa, de assistência aos pobres e inválidos, do que curativa, e os doentes, por exemplo os hansenianos, eram literalmente depositados em locais sombrios, úmidos e desprovidos de qualquer cuidado higiênico e dietético.

As pessoas que prestavam assistência aos doentes eram, na maioria, mulheres religiosas sem nenhum tipo de qualificação ou remuneração, não existindo forma alguma de atendimento sistematizado que evitasse o contágio entre as pessoas internadas, o que naturalmente favorecia a disseminação de doenças, especialmente as infecciosas.

Os hospitais constituíam, pois, mais uma fonte de doença e morte do que de cura, situação que perdurou até o século XVIII, quando se começou a perceber que as condições insalubres, a promiscuidade e a utilização de camas e ambientes coletivos favorecia toda ordem de contágio. Foi com base nessa constatação que teve início a gradual reestruturação desses locais, que evoluíram de um centro de caridade para um centro de observação, cuidados, disciplina e aprendizado, que, sob supervisão de profissionais médicos, possibilitou melhores e mais eficazes condições de tratamento.

Vários nomes detêm o crédito das transformações que permitiram aos hospitais alcançar a efetiva função de assistência à saúde tal como a entendida modernamente; destacam-se, entre outros, Pasteur (bacteriologia), Lister (asepsia), Semmelweis e Nightingale (medidas de higienização).

Somente para ter a exata noção da problemática da infecção hospitalar através dos tempos, destaca-se a notável atuação de Philipp Semmelweis, que em 1847, tornando compulsória a lavagem das mãos com água clorada para todos os médicos e enfermeiros, reduziu a mortalidade materna por febre puerperal de 12,2% para 2,4% logo no primeiro mês de intervenção.

Mas, apesar de todo o esforço e entusiasmo dispensados pela ciência e pelos profissionais da saúde para melhorar e tornar mais eficiente o tratamento dos doentes internados, o risco de infecção persiste como uma das principais causas de morbidade nos estabelecimentos hospitalares, e não se vislumbra na literatura técnica perspectiva de que possa ser definitivamente eliminado nos próximos anos.

Diversas são as causas apontadas para a contínua resistência das infecções nos ambientes hospitalares, tais como a falta de adequada asepsia, ainda indicada como o principal fator de transmissão de agentes patogênicos entre os pacientes internados; o uso indiscriminado de modernos antibióticos e produtos antissépticos, que paradoxalmente têm elevado a natural resistência dos micro-organismos; e a utilização de procedimentos cada vez mais invasivos, que, ao diminuírem a capacidade imunológica do indivíduo, abrem caminho para a penetração microbiana.

A impotência do sistema de saúde em combater a infecção hospitalar, principalmente numa época caracterizada por uma demanda cada vez maior e com poucos recursos humanos qualitativos e quantitativos, resulta em graves consequências de ordem econômica e social, como a interrupção da vida produtiva das pessoas, a redução da rotatividade de leitos, o

aumento do tempo de internação, dos custos hospitalares e do próprio número de processos ajuizados por aqueles que se sentem vítimas, o que demonstra a grande importância que o assunto pode alcançar também no meio jurídico.

Um levantamento realizado pela Organização Mundial da Saúde em 14 países entre os anos de 1983 e 1985 comprovou ter-se mantido a taxa de contágio em torno de 8,7%. No Brasil, segundo relatório elaborado pelo Ministério da Saúde, a mesma variou de 13% a 15%, números que permitem visualizar a dimensão do problema e atestam estar a ciência muito longe ainda de alcançar o desejado *índice zero* de infecção nos hospitais de qualquer país, inclusive naqueles considerados primeiro mundo.

3 CONCEITO E DISPOSIÇÕES NORMATIVAS RELATIVAS À INFECÇÃO HOSPITALAR

O termo *infecção* provém do latim *infectio*, que, apesar de inicialmente significar ação de tingir ou manchar, passou a ser empregado no sentido de contaminar, isto é, ato de levar a outrem moléstia infecciosa².

De maneira geral, a expressão *infecção hospitalar* passou a ser definida como “a contaminação do organismo por agentes infecciosos durante a permanência ou internação do indivíduo num estabelecimento de tratamento à saúde”.

Em nosso país, o primeiro regramento oficial relativo às infecções hospitalares ocorreu com a edição da Portaria n. 196, de 24-6-1983, do

2 Aqui cabe um esclarecimento técnico: o ser humano possui dois tipos de germes sempre presentes em seu organismo, conhecidos como *Flora Bacteriana Transitória* e *Flora Bacteriana Residente*. A Flora Transitória atua e se localiza na superfície da pele, podendo ser facilmente removida por meio de agentes anti-sépticos como a lavagem mecânica com água e sabão ou através de agentes específicos de ação residual, como as soluções à base de iodo. Por sua vez, a Flora Residente é permanente, sendo impossível a sua eliminação total por qualquer meio, seja mecânico ou químico, pois é característica de cada ser humano e está localizada no óstio das glândulas sudoríparas, sebáceas, poros e no bulbo dos folículos pilosos. Os antibióticos até podem afetá-la, mas se de um lado aniquilam alguns germes, de outro permitem aos mais resistentes continuar a sua reprodução sem outros elementos limitadores de sua proliferação (D'ACAMPORA, 1994, p. 55-57).

Ministério da Saúde, que instituiu, entre outros tópicos, normas de controle e prevenção, impondo aos nosocômios o dever de manter Comissão de Controle de Infecção Hospitalar, independentemente da natureza da entidade mantenedora.

Posteriormente, em virtude da política de descentralização das ações de saúde iniciada com o advento da Carta Constitucional de 1988, bem como do não cumprimento daquela primeira normativa pela maioria dos hospitais, adveio a Portaria Ministerial n. 930, de 27-8-1992, que, além de baixar instruções para o controle e prevenção das infecções, estendeu aos infratores as penalidades previstas na Lei n. 6.437/1977³.

Todavia, como a nova intervenção ministerial repetiu a pouca eficácia da anterior, deu-se a promulgação da Lei n. 9.431, de 6-1-1997, com o objetivo de obrigar os estabelecimentos a manter Programa de Controle de Infecções Hospitalares, considerando este, para os seus efeitos, como “o conjunto de ações desenvolvidas deliberada e sistematicamente com vistas à redução máxima possível da incidência e da gravidade das infecções hospitalares” (§ 1º do art. 1º).

Além de estender aos seus infratores as mesmas penalidades da Lei n. 9.431/1997, em seu artigo 1º, § 2º, legalmente definiu a expressão *infecção hospitalar*, também denominada institucional ou nosocomial, como “qualquer infecção adquirida após a internação de um paciente em hospital e que se manifeste durante a internação ou mesmo após a alta, quando puder ser relacionada com a hospitalização”.

No ano seguinte, pela Portaria n. 2.616, de 12-5-1998, o Ministério da Saúde baixou as novas diretrizes e normas destinadas à prevenção e

3 Lei que trata das infrações à legislação sanitária federal e estabelece as respectivas sanções, que vão de advertência até cancelamento de autorização para funcionamento ou de alvará de licenciamento do estabelecimento. De acordo com seu artigo 10, são consideradas, entre outras, infrações sanitárias:

“XXIX – transgredir outras normas legais e regulamentares destinadas à proteção da saúde; [...]

XXXI – descumprir atos emanados das autoridades sanitárias competentes visando à aplicação da legislação pertinente”.

controle das infecções hospitalares a serem adotadas em todo o território nacional pelas instituições envolvidas em atividades hospitalares de assistência à saúde, estabelecendo em cinco anexos as regras pertinentes à organização do Programa de Controle e da Comissão de Controle de Infecções Hospitalares (PCIH e CCIH), os conceitos e critérios diagnósticos das infecções hospitalares⁴, a vigilância e os indicadores epidemiológicos, além de recomendações gerais para o uso e aplicação de antissépticos, desinfetantes e esterilizantes.

4 O ENTENDIMENTO DOUTRINÁRIO E JURISPRUDENCIAL A RESPEITO DO ASSUNTO

Apesar da sua relevância, o fenômeno da infecção hospitalar não tem merecido uma atenção mais aprofundada por parte da doutrina nacional, que o tem analisado por diferentes ângulos.

Pereira (1995, p. 154), por exemplo, com apego a antigas decisões judiciais, limita-se a dizer que, “se a infecção se deveu a condições de assepsia deficientes ou à ausência de cautelas idôneas a evitar a doença nosocômica, o hospital pode ser responsabilizado”, e que se impõe igualmente a obrigação de indenizar quando a infecção “obstrui a continuação do tratamento”.

Para Stoco (2004, p. 557),

a infecção hospitalar é um indício de culpa. A presença de germes no ambiente hospitalar conduz à presunção de culpa por falta de cuidados. Traduz conduta omissiva, desidiosa ou negligente, que não pode ser suportada ou relevada. Assim, o hospital responde pelos danos causados ao paciente em razão de infecção hospitalar, se não provar a existência de uma das causas de exculpação.

4 A Portaria, no item 1 do seu Anexo I, dispõe que “o Programa de Controle de Infecções Hospitalares é um conjunto de ações desenvolvidas deliberada e sistematicamente, com vistas à redução máxima possível da incidência e da gravidade das infecções hospitalares”. *Infecção Hospitalar* está definida no item 1.2 do seu Anexo II como “aquela adquirida após a admissão do paciente e que se manifeste durante a internação ou após a alta, quando puder ser relacionada com a internação ou procedimentos hospitalares”.

No mesmo sentido trilha Theodoro Júnior (1999, p. 48), para quem

a responsabilidade civil dos hospitais, seja por infecção hospitalar, seja por qualquer outra lesão sofrida pelos pacientes em razão dos serviços de internação, não se inclui na regra do artigo 1.545 do CC (obrigação de meio). Aplica-se-lhes, portanto, a teoria comum da responsabilidade contratual, segundo a qual o contratante se presume culpado pelo não alcance do resultado a que se obrigou.

Por sua vez, Matielo (1998, p. 160) esclarece que,

sendo dever imposto por lei a preservação da integridade e garantia da incolumidade física e mental do indivíduo enquanto sob vigilância do hospital, incide a regra objetiva da responsabilidade deste quando sobrevier infecção adquirida durante a internação, podendo livrar-se da obrigação de indenizar se puder demonstrar que o resultado lesivo decorreu de comportamento culposo e exclusivo da vítima.

Na jurisprudência, a questão igualmente tem sido debatida com o uso de fundamentos diversos. A título de elucidação, o Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 1998, p. 331) já decidiu que,

tratando-se da denominada infecção hospitalar, há responsabilidade contratual do hospital relativamente à incolumidade do paciente, no que respeita aos meios para seu adequado tratamento e recuperação, não havendo lugar para a alegação da ocorrência de “caso fortuito”, uma vez ser de curial conhecimento que tais moléstias se acham estreitamente ligadas à atividade da instituição, residindo somente no emprego de recursos ou rotinas próprias dessa atividade a possibilidade de prevenção.

De outro lado, admitindo a ocorrência do caso fortuito como fator de exoneração da responsabilidade, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina (SANTA CATARINA, 2007, p. 393) já afirmou que,

no caso dos hospitais, há obrigação de resultado quando este é procurado para fornecer serviços de internação com todos os seus desdobramentos. Neste contexto, o resultado pretendido

pelos serviços prestados consiste em assegurar e proporcionar a incolumidade física do paciente, durante todo o período de internação. Por conseguinte, a responsabilidade civil dos hospitais por defeito na prestação de serviços é objetiva. Para eximir-se dessa responsabilidade, deve demonstrar de maneira cabal a inexistência de falha ou defeito na prestação dos serviços hospitalares contratados pelo paciente, a ocorrência de culpa exclusiva do consumidor, fato de terceiro, caso fortuito ou força maior.

Já para o 1º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo (SÃO PAULO, 1998, p. 269),

a entidade hospitalar, como fornecedora de serviços, responde, independentemente de culpa, pela reparação de danos causados à família de paciente internado que veio a falecer em decorrência de infecção hospitalar, eximindo-se desta responsabilidade somente se conseguir provar a inexistência de defeito ou culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro, nos termos do artigo 14, *caput* e § 3º, I e II, da Lei 8.078/90.

5 A NATUREZA JURÍDICA DOS SERVIÇOS HOSPITALARES

É difícil alcançar o objetivo visado neste trabalho sem antes estabelecer a natureza dos serviços hospitalares, pois é por ela que se pode identificar qual o regramento legal que disciplina essa espécie de atividade.

De início, cumpre destacar que os hospitais, como instituições destinadas a propiciar os meios de recuperação e tratamento da saúde das pessoas, devem ser vistos como verdadeiros instrumentos de promoção da *dignidade humana*, na forma preconizada pelo artigo 1º, III, da Constituição Federal, pois não há admitir esta sem aquela, que, juntamente com a vida, constituem os bens mais preciosos que compõem a personalidade.

No que se refere à prestação dos serviços hospitalares propriamente ditos, é imprescindível distinguir os chamados atos estritamente *profissionais* daqueles denominados *inerentes* ou *naturais* a certo ramo de atividade ou indústria. Nesse diapasão, certamente a principal finalidade dos hospitais

é assegurar a prática de atos procedimentais por parte dos médicos que neles exercem seu ofício, tais como exames, cirurgias e outras terapêuticas preventivas ou curativas.

Todavia, para atingir esse desiderato e ajudar na recuperação da saúde das pessoas internadas, os hospitais necessitam igualmente de uma estrutura que garanta a realização eficaz daqueles atos profissionais, como alimentação, higiene, hospedagem, limpeza, segurança e vigilância. Esses serviços são indispensáveis para que as instituições hospitalares possam atingir os fins para os quais foram criadas e estão intimamente ligados à sua natureza e modo de fornecimento, motivo pelo qual são considerados *inerentes* ou *naturais* a essa espécie de atividade.

Por conta disso, os estudiosos têm alertado que a responsabilidade civil hospitalar deve ser analisada com a observância dessa duplicidade de deveres, propondo que ela compreenda a assistência médica juntamente com a assunção de obrigações como hospedeiro, cada qual na medida e proporção em que respondem, isoladamente, os respectivos agentes (DIAS, 1979, p. 381).

A percepção da forma como os serviços hospitalares se operacionalizam impõe ao interessado a necessidade de indagar-lhe a natureza jurídica, com vistas a saber se são contratuais ou não. Acerca disso, apesar das discussões havidas no passado e das diferentes consequências atribuídas a cada uma das hipóteses, tal distinção tem sido abandonada pela doutrina moderna, que tem feito residir no contrato o fundamento único da atuação hospitalar e da sua consequente responsabilidade (DIAS, 1979, p. 382).

Nesse aspecto, cumpre destacar que a prestação dos serviços hospitalares, sejam eles públicos ou privados, realmente se origina de um contrato, pois quando a instituição recebe uma pessoa para internação a fim de lhe dispensar os cuidados necessários à recuperação e tratamento de sua saúde, informando a ela ou a sua família as condições da internação, recebendo

a devida contraprestação por meio de subsídios do poder público ou de pagamento do próprio interessado, indubitavelmente estabelece um vínculo contratual, do qual emanam as diversas consequências jurídicas previstas pelo ordenamento.

O mesmo ocorre quando o hospital age por filantropia ou acolhe alguém acidentado em via pública, internando-o para salvar-lhe a vida, uma vez que a gratuidade é uma qualidade que pode integrar, em determinadas circunstâncias, a natureza jurídica de muitos contratos (RUGGIERO, 1999, p. 314)⁵⁵, a exemplo da doação e do mandato, aqui invocados para demonstrar que o estabelecimento, agindo naquelas situações, pode ser visto como doador de vantagens ao infortunado ou como mandatário para administrar os interesses quanto aos cuidados reclamados pelo estado de saúde do internado, respectivamente.

Em virtude disso, pode-se concluir que a atividade hospitalar sempre se funda num contrato presumidamente oneroso, cujo objeto compreende a prestação de serviços médicos e de hospedaria, de modo geral classificado como bilateral (cria obrigações recíprocas entre as partes), consensual (ultima-se pelo mero consentimento das partes, independentemente de qualquer formalidade) e comutativo (cada uma das partes pode, desde o momento de sua formação, antever e avaliar a prestação que lhe será fornecida).

6 A RELAÇÃO PACIENTE–HOSPITAL E A LEGISLAÇÃO E PRINCÍPIOS A ELA APLICÁVEIS

Residindo o fundamento da relação paciente–hospital num contrato, é imperioso reconhecer que todos os efeitos dela originados encontram-se atualmente regulados pelo Código do Consumidor.

5 Sobre o assunto, esclarece Lopes (2001, p. 56) que “é tarefa do juiz apreciar soberanamente quando num contrato há ou não gratuidade, sendo que o interesse da distinção destaca-se precipuamente em relação à responsabilidade”.

Essa premissa encontra confirmação na parte introdutória do referido Código, que define *consumidor* como toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final (artigo 2º); *fornecedor* como toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que, dentre outras práticas, desenvolve atividade de prestação de serviços (artigo 3º, *caput*); e *serviço* como qualquer atividade fornecida no mercado de consumo mediante remuneração, salvo as decorrentes de relações de caráter trabalhista (artigo 3º, § 2º).

Para Filomeno (1999, p. 28), a relação de consumo tem as seguintes características:

- a) envolve basicamente duas partes bem definidas: de um lado o adquirente de um produto ou serviço (consumidor), e, de outro, o fornecedor ou vendedor de um produto ou serviço (produtor/fornecedor); b) tal relação destina-se à satisfação de uma necessidade privada do consumidor; c) o consumidor, não dispondo, por si só, de controle sobre a produção de bens de consumo ou prestação de serviços que lhe são destinados, arrisca-se a submeter-se ao poder e condições dos produtores daqueles mesmos bens e serviços.

Detalhe importante é o de que o conceito de consumidor adotado pelo legislador possui um caráter exclusivamente econômico, isto é, considera-se tal somente aquele que ingressa no mercado de consumo para adquirir bens ou contratar a prestação de serviços como *destinatário final*, fato que pressupõe ação do agente com o fim único de atender a uma necessidade pessoal própria, e não de desenvolver outra atividade negocial (FILOMENO, 1999, p. 26)⁶⁶.

Desse modo, qualquer pessoa que utilize os serviços hospitalares na ânsia de satisfazer uma necessidade própria e relacionada ao tratamento de sua saúde, submetendo-se às condições que lhe são impostas, enquadra-se

66 Este é o conceito finalístico adotado pelo legislador. Coexistem ainda as definições por equiparação contidas no parágrafo único do próprio artigo 2º e artigos 17 e 29.

na categoria de *consumidora do serviço hospitalar*, ao passo que se considera *fornecedora* a instituição onde eles são prestados, nos moldes dos artigos 2º e 3º do mencionado diploma legal, o que confere ao vínculo assim firmado as características de uma típica relação de consumo.

Por outro lado, tendo a lei de consumo caráter de ordem pública e de interesse social, não se pode olvidar que qualquer liame negocial a ela submetido deve ser apreciado por uma ótica que não atente apenas para proteção dos bens econômicos e materiais dos consumidores, mas que também privilegie o respeito a todos os demais valores fundamentais que compõem a personalidade humana, entre os quais se destacam a vida e a saúde, que, por sua importância, devem sempre se sobrepor aos de natureza puramente patrimonial, com vistas a possibilitar não só a reparação de danos eventualmente causados, mas principalmente a inibição e prevenção de condutas lesivas.

Como observou Bittar (1991, p. 6),

os princípios inspiradores da sua ossatura são os da proteção da vida, da saúde e da segurança dos consumidores (contra vícios existentes em produtos ou serviços ou outros abusos na circulação de bens); o da proteção de seus interesses econômicos (sempre atingidos por ações abusivas dos agentes do mercado); o do direito à informação (real, precisa e completa a respeito das qualidades e do funcionamento dos bens e serviços); o do direito à educação (através de campanhas de esclarecimento oficiais e privadas); o do direito de representação e de consulta (através da constituição de entidades de defesa e de participação em políticas de seu interesse) e o da compensação efetiva por prejuízos (mediante acesso a órgãos judiciais e administrativos para a reparação de danos havidos, por meio de fórmulas jurídicas eficientes).

Constituindo, pois, o vínculo entre paciente e hospital uma típica relação de consumo, tem-se que a solução dos problemas dela decorrentes deve sempre levar em consideração todos os princípios que regem a *lex*

specialis, inclusive naquilo que se refere à apuração da responsabilidade resultante de infecção contraída durante a internação.

7 A RESPONSABILIDADE CIVIL DECORRENTE DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS HOSPITALARES

Em relação à responsabilidade civil resultante do fornecimento de serviços, importa salientar que a ampla preocupação com a esfera jurídica do consumidor levou o legislador a estruturá-la com base na chamada *teoria da qualidade*, que comporta dois aspectos distintos, a saber: o da proteção da vida e da saúde do consumidor, através do tratamento dos *vícios de qualidade por insegurança*, e o da proteção de seu patrimônio, com a regulação dos *vícios de qualidade por inadequação*.

Como já se anotou (KRIGER FILHO, 2000, p. 65), é imperioso esclarecer que com a adoção da referida teoria não se buscou suprimir as demais garantias outorgadas pela lei civil, mas aprimorá-las, a fim de possibilitar ao consumidor fazer frente aos problemas jurídicos que lhe são impostos pelo dinamismo do mercado atual. Exatamente por isso o acolhimento da teoria da qualidade se deu com vistas na responsabilidade civil, penal e administrativa do fornecedor, pois, como expôs Benjamin (1991, p. 40),

de nada adiantaria criar-se um dever de qualidade se o seu desrespeito não trouxesse conseqüências para o violador. Tanto no direito administrativo, como no penal, a teoria da qualidade ganha um colorido predominantemente repressivo. Já pelo prisma da responsabilidade civil, o tom principal é dado pela reparação, elemento essencial para o consumidor lesado. É em tal sede, portanto, que a questão da qualidade ganha enorme importância econômica.

No que tange aos *vícios de qualidade por insegurança* como aspecto da teoria da qualidade, na apuração da responsabilidade o intérprete deve sempre levar em consideração a noção de *risco* – fator que representa a

probabilidade de algo causar dano a alguém ou a alguma coisa. A esse respeito, pode-se afirmar que, conforme a sua maior ou menor incidência, menor ou maior será a margem de segurança que um produto ou serviço pode oferecer ao seu adquirente.

Todavia, como é impossível viver em sociedade sem riscos, configura-se absurdo pensar que o Direito do Consumidor seja ou busque ser capaz de transformar a realidade num paraíso, ausente de quaisquer perigos, pois isso seria uma utopia. Nesse sentido, por certo o objetivo visado pela legislação protetiva foi exatamente o de incitar os agentes sociais a envidar esforços para assegurar que os riscos existentes se mantenham no limite da razoabilidade, bem como que as atividades desenvolvidas causem o menor número de danos possível aos seus usuários, nada mais!

Não sendo possível a eliminação total dos riscos, tem-se que nenhum produto ou serviço colocado no mercado pode ser considerado plenamente seguro, o que impõe reconhecer que, por mais que a ciência e a tecnologia evoluam, em todos os bens adquiridos e atividades desenvolvidas pelo homem sempre haverá certo grau de insegurança, que pode ou não merecer a atenção do legislador, afirmação que ganha mais força quando o assunto envolve a medicina, dado que, “se viver já envolve riscos, intervir no corpo humano potencializa esses riscos” (KFOURI NETO, 1998, p. 193).

Quanto à margem de segurança que os produtos ou serviços podem ter, a doutrina identifica dois grandes grupos a que eles pertencem: os de *periculosidade inerente* e os de *periculosidade adquirida*.

A periculosidade inerente traz em si um risco intrínseco, ligado à própria qualidade da coisa, à atividade desenvolvida ou ao modo de fornecimento do serviço, e, embora este possa causar acidentes, a sua ocorrência mostra-se normal e previsível ou, como se diz, em perfeita sintonia com a *expectativa legítima* do seu usuário. Um exemplo na área médica é a cirurgia, que, para ser útil ao paciente, precisa ser perigosa.

De outro lado, a periculosidade adquirida é aquela que aumenta a periculosidade normal dos bens ou serviços em virtude de um defeito, cuja principal característica é a *imprevisibilidade* para o seu destinatário, a quem nem mesmo qualquer advertência pode afastar o risco de dano, como quando um médico, por negligência ou imprudência, esquece no interior do paciente algum material cirúrgico, prejudicando-lhe a saúde.

Na verdade, ambas as formas de periculosidade representam riscos à saúde daquele que utiliza certo produto ou serviço, e por isso mesmo a sua regulação é igualmente necessária em todos os casos. Porém, para fins de regime jurídico, principalmente no que se refere à responsabilidade civil, a divisão produz consequências significativas, pois somente a dita *periculosidade adquirida* é que dá lugar ao dever de indenizar do fornecedor, nos moldes preconizados pelo artigo 14 do Código do Consumidor, sob a epígrafe Da Responsabilidade pelo Fato do Serviço, assim regulada:

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

§ 1º O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:

- I – o modo de seu fornecimento;
- II – o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam;
- III – a época em que foi fornecido.

À luz desse mandamento legal, a responsabilidade civil dos hospitais pode ser retratada nos seguintes termos: o fato do fornecimento do serviço de internação traz ínsito um inafastável grau de perigo à vida e à saúde das pessoas, o que lhes impõe uma gama de obrigações a serem cumpridas, cuja não observância fulmina a expectativa legítima que o usuário tem em

relação ao serviço contratado, transformando a periculosidade inerente a essa espécie de atividade em periculosidade adquirida, ensejadora do dever de reparar o dano causado.

Resta, enfim, avaliar se a infecção hospitalar representa inexoravelmente, em qualquer situação, uma quebra da expectativa legítima do paciente a ponto de ser entendida como um defeito apto a gerar a obrigação de indenizar.

8 A INFECÇÃO COMO FATOR DE PERICULOSIDADE INERENTE AO SERVIÇO HOSPITALAR

Como registrado linhas acima, doutrina e jurisprudência partem do pressuposto de ter havido ausência de cautelas ou assepsia deficiente para justificar a imposição de responsabilidade aos hospitais por infecção contraída pelos seus usuários.

Apesar de a premissa assim posta seduzir pela facilidade de sua aplicação, alguns aspectos técnicos e jurídicos merecem uma maior atenção a fim de se saber se ela pode servir de parâmetro seguro a ser utilizado em todos os casos trazidos à apreciação judicial.

De plano, cumpre destacar que os hospitais constituem um *habitat* naturalmente propício à propagação de agentes nocivos à saúde humana, que podem ser transmitidos das mais variadas formas, tanto pelo contato físico entre as pessoas, quanto pelo ar, água, alimentos, insetos e até mesmo animais.

Essa realidade aponta para a principal falha na argumentação dos que presumem ser a proliferação de doenças no âmbito hospitalar resultado direto da falta de assepsia, qual seja a de desconsiderar o fato de que, ainda hoje, afigura-se cientificamente impossível a eliminação total dos riscos de infecção em algum estabelecimento de saúde do mundo.

A infinita capacidade de mutação, de reprodução e de propagação dos micro-organismos, mesmo em meio a toda gama de produtos antisépticos e quimioterápicos modernos, aliada ao estado de debilidade da saúde dos pacientes, mostram-se obstáculos naturalmente intransponíveis à erradicação definitiva das doenças infecciosas nas instituições hospitalares, de modo que, como bem lembrou Kfourri Neto (1998, p. 130),

o problema existe em todos os hospitais, em qualquer país, incluindo-se os de primeiro mundo. O risco de infecção é inerente ao ato cirúrgico. Não existe índice zero de infecção. Por melhor que seja a desinfecção, alguns germes persistem – e quanto mais longa for a duração da cirurgia, maior o risco⁷.

Não bastasse essa constatação de ordem técnica, entre nós o problema torna-se mais complexo quando nos deparamos com o fato de o nosso próprio legislador ter admitido, de forma expressa, a impossibilidade de eliminação total dos riscos de infecção hospitalar no momento em que considerou o Programa de Controle de Infecções Hospitalares como “o conjunto de ações desenvolvidas deliberada e sistematicamente com vistas à *redução máxima possível* da incidência e da gravidade das infecções hospitalares”⁸.

Esse detalhe permite ao operador do direito concluir que, se de um lado a ciência moderna não consegue garantir índice zero de infecção hospitalar e de outro tanto a nossa legislação específica quanto as autoridades competentes não preconizam a *redução total* de sua incidência, os precedentes que pressupõem “defeito na prestação de serviço de internação” ou que admitem “a possibilidade de se evitar o contágio de doenças com o simples emprego de rotinas e recursos” mostram-se falhos e insubsistentes, pois compartilham de uma premissa equivocada, qual seja a de que existe

7 Mesmo sentido: Theodoro Júnior (1999, p. 48).

8 Grifos nossos. Redação do § 1º do artigo 1º da Lei n. 9.431/1997, repetida no artigo 2º e Item I do Anexo I da Portaria n. 2.616/1998, do Ministério da Saúde.

alguma maneira de evitar com total eficiência a propagação de doenças entre os pacientes internados.

Certamente a adoção de medidas preventivas, tais quais as indicadas na Portaria n. 2.616/1998, constitui a maneira mais eficaz de controlar e limitar a disseminação de agentes infecciosos no interior de qualquer hospital. Todavia, referidas medidas por si sós não garantem um resultado completo e definitivo na luta contra as infecções, mesmo porque, como enuncia o próprio texto daquele regramento, devem elas ser elaboradas e implementadas considerando-se *as características e necessidades da instituição*, vale dizer, não existe um modelo rígido e padronizado a ser seguido por todas as instituições de saúde, independentemente da estrutura delas e da natureza dos riscos da assistência que prestam, mas apenas a enumeração daquelas *ações mínimas* destinadas ao controle e prevenção das infecções hospitalares, que da mesma forma visam *à redução máxima possível da sua incidência e gravidade*⁹.

Por essa razão, no que diz respeito à margem de segurança da atividade hospitalar, a infecção, antes de representar um defeito, juridicamente pode ser vista como um risco intrínseco e razoavelmente esperado, ligado à própria qualidade dessa espécie de empreendimento e ao seu modo de fornecimento, uma vez que, pelo artigo 14, § 1º, do Código do Consumidor, somente se considera defeituoso o serviço que não garante a segurança que o consumidor dele pode esperar em condições normais.

Assim, quando o hospital, segundo suas características e necessidades, deixa de implantar programa de controle e prevenção das infecções ou negligencia na sua manutenção, não cumprindo o ordenado pela lei e pelas autoridades competentes, apresenta um serviço que não corresponde à expectativa legítima dos seus usuários, sujeitando-os a riscos acima dos razoavelmente esperados, fato que permite presumi-lo *defeituoso* e, por

9 Artigo 2º c/c Item 3.1 do Anexo I e Item 2 do Anexo III.

consequência, apto a ensejar a responsabilidade daquele que o fornece em tais condições.

9 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Apesar das aparências, o presente trabalho não tem o objetivo de defender a total isenção de responsabilidade dos hospitais em casos de infecção contraída por pacientes internados.

Com certeza, o entendimento que preconiza a garantia geral de incolumidade decorrente do fornecimento de serviços de internação é o que melhor se adapta ao pensamento jurídico atual e, ademais, serve como meio de persuadir tais instituições a exercer sua função com cada vez mais segurança.

Todavia, tratando-se do fenômeno relativo à infecção hospitalar, a história da ciência tem mostrado a grande dificuldade de eliminar totalmente os riscos de contágio entre os pacientes internados, uma realidade mundial com força capaz de influenciar até mesmo na formulação do direito, tal como ocorre em nosso país, onde a própria lei específica em momento algum preconiza índice zero de infecção, mas tão somente a *redução máxima possível* de sua incidência e gravidade.

Não bastasse isso, o trato da questão impõe ainda considerar que os hospitais, ao propiciarem os meios de recuperação e de tratamento da saúde das pessoas, representam verdadeiros instrumentos de promoção da dignidade humana e, portanto, não se mostra razoável estender-lhes o mesmo rigor do sistema de responsabilização conferido a outras formas de atividade empresarial.

Afigurando-se impossível a eliminação total dos riscos de infecção em ambientes hospitalares, em condições normais não se mostra absurdo admiti-los como inerentes a essa espécie de atividade ou ao seu modo de fornecimento, uma vez que, como acertadamente expôs Alvim (1965, p.

314), “a lei apenas pode obrigar a um certo grau de previdência, de diligência; além desse grau, não há mais responsabilidade; está-se no campo do caso fortuito”.

À luz da nossa lei de consumo, não existe responsabilidade pelos riscos inerentes, de modo que os entendimentos que simplesmente transferem os riscos de infecção para o prestador de serviços hospitalares, sob a presunção de falta de cuidados, sem perquirir em cada caso concreto as circunstâncias que envolvem o seu surgimento, equivalem àquela esdrúxula situação de buscar impor a alguém uma previdência fora do comum ou impossível de ser alcançada, o que representa um ônus insuportável, capaz de inviabilizar essa importante atividade.

Dessa forma, a imposição de responsabilidade mostra-se legítima quando a instituição, dentro de suas condições, omite-se em implantar ou descarta em aplicar aqueles procedimentos padrões destinados a reduzir, com a máxima eficiência possível, a incidência e gravidade da infecção hospitalar, pois é nesses casos que verdadeiramente ocorre a quebra da expectativa legítima que o usuário tem na segurança do serviço de internação, tornando-o defeituoso.

10 REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Responsabilidade civil do médico. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 718, p. 33-53, ago. 1995.

ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 3. ed. Rio de Janeiro: Jurídica e Universitária Ltda., 1965.

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos e. *Comentários ao código de proteção do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1991.

BITTAR, Carlos Alberto. *Direitos do consumidor*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria Nacional de Organização e Desenvolvimento de Serviços de Saúde. *Manual de controle de infecções hospitalares*. Brasília, 1987.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 116.372-MG. Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. Brasília, 11 de novembro de 1997. In: *Revista do Superior Tribunal de Justiça*, Brasília, ano 10, n. 105, p. 331-339, maio 1998.

COUTO FILHO, Antônio Ferreira; SOUZA, Alex Pereira. *Responsabilidade civil médica e hospitalar*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

D'ACAMPORA, Armando José. Infecção em cirurgia. *Arquivos Catarinenses de Medicina*, v. 23, n. 1, p. 55-57, 1994.

DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. v. 1.

FERNANDES, Antonio Tadeu. *Infecção hospitalar e suas interfaces na área da saúde*. São Paulo: Atheneu, 2000.

FILOMENO, José Geraldo Brito. *Código brasileiro de defesa do consumidor interpretado pelos autores do anteprojeto*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.

KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do médico*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

KRIGER FILHO, Domingos Afonso. *A responsabilidade civil e penal no código de proteção e defesa do consumidor*. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 2000.

LOPES, Serpa. *Curso de direito civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2001. v. 3.

MATIELO, Fabrício. *Responsabilidade civil do médico*. 2. ed. Porto Alegre: Sagra Luzato, 1998.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil*. Tradução de Paolo Capitano. 1. ed. Campinas: Bookseller, 1999.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Ap. 1999.004174-3, da 1ª Câmara de Direito Civil. Relator: Desembargador Joel Dias Figueira Júnior. Florianópolis, 12 de setembro de 2006. In: *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 96, v. 858, p. 393-400, abr. 2007.

SANTOS, João Manoel de Carvalho. *Código civil brasileiro interpretado*. 10. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1982.

SÃO PAULO. 1º Tribunal de Alçada Civil. Ap. 694.867-0, da 11ª Câmara. Relator: Juiz Antonio Marson. São Paulo, 16 de fevereiro de 1998. In: *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 87, v. 755, p. 269-272, set. 1998.

SAVATIER, René. *Traité de droit medical*. Paris: Librairies Techniques, 1956.

STOCO, Rui. *Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. *Tratado de responsabilidade civil*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Aspectos processuais da ação de responsabilidade por erro médico. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 88, v. 760, p. 40-48, fev. 1999.

AS AUDIÊNCIAS JUDICIAIS COMO FATOR DE PERDA DE QUALIDADE NO JUDICIÁRIO CATARINENSE*

Fernando Cordioli Garcia**

RESUMO

Este artigo discorre sobre possíveis origens dos descontentamentos dos usuários do Poder Judiciário. Enumera algumas das diversas causas da morosidade, principal insatisfação que sintetiza a noção de perda de qualidade na prestação do serviço jurisdicional. Trata da importância de investimentos nos cartórios judiciais. Aborda principalmente as audiências judiciais como um dos principais fatores de demora na tramitação dos processos, bem como de desencanto para partes e testemunhas que a elas são chamadas a comparecer. Conclui que é necessário maior atenção para com os cartórios judiciais, e maior rigor na especificação de provas durante o processo. Defende que haja limitação de testemunhas, inclusive no âmbito penal, bem como sugere que o valor probante das investigações policiais deva ser prestigiado na lei e na doutrina criminal.

Palavras-chave: Poder Judiciário. Morosidade. Qualidade. Audiências. Soluções.

1 INTRODUÇÃO

A palavra *processo* – que para o povo não raro tem má conotação quando se refere a uma pendência judicial – encerra o núcleo das atividades forenses, embora haja outras, administrativas, as quais também se

* Artigo apresentado como condição de conclusão do curso de Gestão Judiciária para Magistrados no convênio Academia Judicial/UFSC, condição de vitaliciamento no cargo de Juiz Substituto.

** Juiz de Direito do Estado de Santa Catarina. Pós-graduado em Direito Material e Processual Civil pelo convênio Esmesc/Cesusc; pós-graduado no curso de Gestão Judiciária para Magistrados no convênio Academia Judicial/UFSC; bacharel em Direito pela Universidade do Planalto Catarinense – Uniplac, em 2003. Endereço eletrônico: fcg17955@tjsc.jus.br.

encerram, até mesmo por tradição, em procedimentos administrativos, ou seja, em *processos* também.

Em uma analogia simples com as noções comerciais, pode-se comparar o *processo* a um produto, a um serviço, vendido ou prestado pelo Poder Judiciário aos seus clientes em caráter de monopólio, até mesmo contra a vontade deles: uma pessoa pode ser compelida a processar, mas pode ser processada contra sua vontade, sendo compelida a participar do processo judicial, sob pena de sofrer perdas em suas riquezas ou em sua liberdade. É no decorrer ainda do processo que se materializam e se exercitam diversas garantias constitucionais, como a de permanecer calado, de ampla defesa com os meios a ela inerentes, da assistência jurídica gratuita, dentre outras.

Portanto, quando se fala em Poder Judiciário, o que se deve ter em mente é a existência de milhares de processos, especialmente no ramo comum estadual, que abarca sozinho mais de setenta por cento dos processos judiciais (dentre Justiça Eleitoral, Trabalhista, Militar e Comum Federal)¹. O termo *processo* é sinônimo, mais precisamente, de *autos de processo*, que designa o concerto de todas as petições, decisões, despachos, mandados e certidões ordenados cronologicamente, em papel. Chegará um dia, certamente, em que eles serão todos eletrônicos, inexistentes em papel, compulsados nas telas e nos bancos de dados dos computadores, como já acontece nos Juizados Especiais Federais, no chamado *e-Proc*².

Sendo o andamento legalmente estabelecido aos processos as "linhas de produção" da Justiça, e as decisões delas decorrentes seus "produtos",

- 1 Foi conclusão do Diagnóstico do Poder Judiciário, do Ministério da Justiça, em 2004: "A Justiça Comum (Estadual) é responsável pela maior parte dos processos em tramitação no país, aproximadamente 73% (pág. 36)". O diagnóstico constatou que 5,9 milhões (48,9%) dos 11,9 milhões de processos foram ajuizados na Justiça paulista, um processo para cada 6,62 habitantes do Estado de São Paulo, diante de uma média nacional de um processo para 10,2 habitantes (BRASIL, 2004, p. 10).
- 2 Consulte-se, a respeito do *e-Proc*, o *Curso rápido de introdução ao sistema de processo eletrônico da Justiça Federal* no vínculo <http://www.jfsc.gov.br/ead/curso_eproc.htm>. O acesso ao peticionamento e acompanhamento do processo totalmente eletrônico se dá pelo vínculo <<https://jef.jfsc.gov.br/index2.php>>.

quanto mais abarrotadas suas fileiras, evidentemente maior perda de qualidade poderá haver, porquanto dificilmente haverá a contratação proporcional de juízes e servidores, com a criação de novos fóruns e tribunais para tanto, acabando os processos por demorarem mais para serem julgados. Por outro lado, em uma analogia com as linhas de produção em série industriais, quanto mais breve a vida média de um processo, desde o nascimento até o arquivamento, menores serão as despesas e, assim, o "lucro", na forma de economicidade e eficiência, porquanto a Administração Pública não auferê nem reparte lucros, mas busca a gestão por resultados.

Há inúmeros fatores que influenciam na quantidade de processos que tramitam em um fórum: judiciários, sociais, econômicos, legislativos, culturais etc. E assim, de todos, somente resta ao Poder Judiciário controlar aqueles ao alcance de sua autonomia administrativa, sempre limitada aos recursos financeiros e orçamentários disponíveis. A esta altura, começa a ficar evidente que a maioria das fontes de erros e não conformidades que geram morosidade e perda de qualidade está fora do alcance das decisões tomadas pelos administradores do Poder Judiciário, pois estes não legislam e não decidem politicamente, senão uma parcela mínima e subsidiária dos seus próprios assuntos, notadamente depois dos avanços da Constituição de 1988³, recentemente em nossa História.

3 Vide art. 99 da CR: –Ao Poder Judiciário é assegurada autonomia administrativa e financeira. § 1º - Os tribunais elaboram suas propostas orçamentárias dentro dos limites estipulados conjuntamente com os demais Poderes na lei de diretrizes orçamentárias. § 2º - O encaminhamento da proposta, ouvidos os outros tribunais interessados, compete: I - no âmbito da União, aos Presidentes do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores, com a aprovação dos respectivos tribunais; II - no âmbito dos Estados e no do Distrito Federal e Territórios, aos Presidentes dos Tribunais de Justiça, com a aprovação dos respectivos tribunais. § 3º Se os órgãos referidos no § 2º não encaminharem as respectivas propostas orçamentárias dentro do prazo estabelecido na lei de diretrizes orçamentárias, o Poder Executivo considerará, para fins de consolidação da proposta orçamentária anual, os valores aprovados na lei orçamentária vigente, ajustados de acordo com os limites estipulados na forma do § 1º deste artigo. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) § 4º Se as propostas orçamentárias de que trata este artigo forem encaminhadas em desacordo com os limites estipulados na forma do § 1º, o Poder Executivo procederá aos ajustes necessários para fins de consolidação da proposta orçamentária anual. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) § 5º Durante a execução orçamentária do exercício, não poderá haver a realização de despesas ou a assunção de obrigações que extrapolem os limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias, exceto se previamente autorizadas, mediante a abertura de créditos suplementares ou especiais. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)”.

1.1 A rapidez como grandeza medidora da qualidade judiciária

As maiores críticas que a Justiça comumente recebe em função do serviço público que distribui são as que a apontam como um órgão estatal lento e ineficiente, e em alguns casos inútil, em função da sua morosidade. Assim, liga-se parte das críticas à ideia de que a Justiça, sendo morosa, acaba por se tornar inútil, na medida em que suas decisões se tornam ineficazes, impraticáveis e ultrapassadas diante das novas necessidades e realidades surgidas para os contribuintes ao longo da tramitação do processo.

Portanto, a qualidade deve ser aferida por meio da rapidez, uma das principais grandezas medidoras da qualidade do serviço judiciário, pois a falta da celeridade induz à crítica da falta de eficácia das decisões judiciais. Tal percepção, não somente psicológica, mas prática, é decorrente do que se observa no cotidiano, como por exemplo quando os contribuintes veem a impunidade se operar por meio da prescrição.

Há outras críticas, certamente. Algumas delas centradas justamente nos magistrados, pessoas humanas naturalmente imperfeitas, cuja exposição pública decorrente das altas responsabilidades é fator de amplificação de suas falhas e assim da sensação da perda de qualidade no serviço judiciário, tudo em detrimento das inúmeras qualidades individuais de muitos servidores públicos e magistrados que constituem o Poder Judiciário.

Há inclusive e inevitavelmente a crítica da corrupção de juízes e servidores judiciários, bem como a da simples incompetência e ineficiência, por inaptidão. As últimas podem ser aceitas com mais naturalidade, pois, em um litígio, ao menos uma das partes, justamente aquela sucumbente diante da sentença, eventualmente passará a ter o juiz como alguém que foi incapaz de ter encontrado a verdade ou de ter-se orientado segundo o senso comum e os ditames da Justiça. Há casos, não se pode olvidar, que ambas as partes, inclusive a vitoriosa, não se contenta.

Não bastasse a constatação da inevitável falibilidade humana nas decisões judiciais, deve-se atentar para o fato de que os processos judiciais são fruto de diversos atos encadeados no tempo, praticados conforme um roteiro prévio, a ser seguido, até o julgamento, numa sucessão de atos de advogados, promotores, escreventes, escrivães, oficiais de justiça, juízes etc., até o resultado final. Esse caminho ditado por leis processuais é que exprime a demora processual, o tempo necessário a que um processo comece e termine. Agora, com essa real noção da dimensão das diversas atividades necessárias para que o processo judicial ocorra, fica patente que uma não conformidade (seja para com a lei, seja para com o bom-senso etc.) praticada por um juiz é somente um dos diversos erros ou falhas que podem acontecer no decorrer de um processo.

1.2 A necessidade do aprofundamento dos estudos e investimento nos cartórios judiciais

Na verdade, tem-se dado muita atenção às sentenças e aos acórdãos em detrimento dos atos processuais praticados pelos demais atores judiciais. Isso é decorrente da noção de que os atos decisórios são privativos dos magistrados, de modo que aos demais agentes públicos restaria somente a função mecânica e desimportante de agir conforme regras preestabelecidas. Acrescente-se a tal noção o fenômeno moderno decorrente da informatização e da automação, inegavelmente uma necessidade para o avanço da técnica judiciária, mas que, ao ter padronizado ofícios, mandados, certidões, não raro acabou castrando a capacidade inovadora e criativa, sempre útil para uma adaptação das fórmulas escritas existentes às circunstâncias específicas dos casos inéditos e futuros, o que pode resultar muitas vezes na lentidão e na incapacidade de se responder com agilidade aos desafios da vida forense.

No entanto, malgrado a importância de escrivães (atualmente chamados chefes de secretaria), escreventes, técnicos, oficiais de justiça etc.

pareça diminuta no que concerne ao poder decisório no processo, quando reunidos e tomados globalmente se tornam relevantes a ponto de dificultar toda a eficácia e utilidade de uma sentença, o ato final do processo. Ora, como sentenciar adequadamente se o processo não encerra todas as provas necessárias, que não foram colhidas, produzidas, porque as testemunhas não foram encontradas ou intimadas? Por outro lado, como negar a importância de um acompanhamento atento e esmerado de escreventes e escrivães – os maiores pontos de contato com o público e seu *feedback* –, que, por meio de certidões nos autos, ou mesmo bilhetes afixados nas capas etc., apontam eventuais omissões, equívocos e falhas diversas na condução do processo, ou mesmo na parte dispositiva das sentenças, promovendo assim a rápida retificação de pequenos erros que quando alteram pelo menos parte do julgamento final certamente influem na sua eficácia?

O magistrado contemporâneo decide despachando ou sentenciando centenas de processos por mês não sem o auxílio de assessores, os quais, além da pesquisa jurídica de apoio, reproduzem as decisões-modelo, que servem de paradigma, submetendo-lhe esboços e projetos. Fora do gabinete, o juiz deve fiscalizar o trabalho dos demais servidores públicos do fórum, desde a equipe da limpeza até a própria secretaria que cuida da ordenação de despesas com manutenção e conservação do prédio do fórum, e dos seus equipamentos, mormente quando na função de Diretor do Foro. Nessa função se instauram nada menos que novos processos, agora administrativos, para o fim de aplicar punições aos desidiosos e ímprobos. Tudo isso serve senão para que a atividade-fim do Poder Judiciário siga em boa ordem, com eficiência, pois reflete inevitavelmente no grau de dificuldade do juiz em julgar definitivamente os processos. Quanto melhor o trabalho de sua grande equipe, não raro formada por centenas de pessoas, mais fácil será o trabalho final, o que sintetiza bem a importância dos atos individuais dos diversos servidores que atuam no processo ou para o andamento dele, como já discorrido. Esse quadro reflete uma realidade ambígua e complexa

que remete o magistrado ao exercício paralelo de atividades jurídicas e gerenciais para dar prosseguimento aos trabalhos da sua jurisdição.

Podem-se encontrar no notável relatório *Análise da Gestão e Funcionamento dos Cartórios Judiciais* (BRASIL, 2007), do Ministério da Justiça, estatísticas e resultados de pesquisas de opinião e satisfação que vão ao encontro do entendimento ora sustentado acerca da importância dos servidores que rodeiam os magistrados. O estudo em questão trata dos cartórios, que nada mais são do que o espaço físico onde trabalha diuturnamente a maioria dos servidores da Justiça, à exceção dos oficiais de justiça, e para onde convergem não só os advogados mas também o público em geral, na busca da resolução de suas dúvidas.

Tal relatório (BRASIL, 2007, p. 31) apresenta um capítulo intitulado *A "invisibilidade" dos cartórios judiciais* e remarca a crítica ao legislador (presente neste e em outros tantos trabalhos), asseverando que "ele não considerou as rotinas de cartório ao disciplinar os procedimentos judiciais e, mais recentemente, ignorou o papel dos cartórios ao promover a reforma do Poder Judiciário", embora o CNJ, fruto de tal reforma, esteja a padronizar procedimentos e pormenores judiciários para todo o Brasil, possibilitando a uniformização, o acompanhamento estatístico, e o gerenciamento e diagnóstico que eles propiciam. Cite-se, ainda, que o Poder Judiciário catarinense há muito mantém constante revisão de seu Código de Normas do Foro Judicial e Extrajudicial⁴, verdadeiro manual complementar dos textos processuais que supre a lacuna do legislador.

Pode-se citar do estudo:

A despeito de se tratar de um estudo de casos com finalidade exploratória, a análise conjugada dos levantamentos etnográfico, gerencial e de desempenho dos cartórios judiciais permitiu consolidar três grandes tópicos conclusivos a respeito de sua organização e funcionamento: – os cartórios judiciais produzem

4 Disponível em: <<http://cgj.tj.sc.gov.br/consultas/liberada/cnecgj.pdf>>. Acesso em: 12 dez. 2008.

grande impacto na morosidade do processo e no acesso à justiça (cap. II, item 2); – paradoxalmente, o cartório é –invisível– como ator do sistema de justiça (cap. II, item 3); – a organização e o funcionamento dos cartórios judiciais são precários (cap. II, item 4). Outras conclusões, mais específicas, também merecem destaque. Primeiramente, não foi possível indicar um único fator que, isoladamente, gere melhor ou pior desempenho dos cartórios judiciais estudados. Mas parece que a interação de três fatores são determinantes do seu funcionamento: *relacionamentos pessoais – ambiente de trabalho – organização/ distribuição de tarefas*. Em segundo, a estrutura organizacional das Varas e cartórios, baseada em um corpo de funcionários processantes e um único agente decisor, parece não ser adequada ao cenário atual da Justiça. Na prática, essa estrutura não existe, já que o processamento é entrecortado por longos tempos de espera, boa parte das tarefas decisórias é delegada aos agentes processantes e a gestão do cartório ainda é casuística e realizada por agentes sem perfil ou treinamento. Em terceiro, a oposição comparativa entre os cartórios C e D, respectivamente os de pior e melhor desempenhos em termos de tempo de tramitação dos processos, sugere que: a) iniciativas para inovar a gestão e o funcionamento do cartório podem gerar motivação e conscientização dos funcionários quanto à importância de suas tarefas, o que incrementa o desempenho; b) essas iniciativas podem não depender da maior permanência do juiz na Vara; sozinha, essa maior permanência não melhora o desempenho do cartório; c) a relação entre funcionários com o diretor e o juiz determina, em grande medida, o ambiente de trabalho e, conseqüentemente, o desempenho do cartório, neutralizando condições adversas; c) a antiguidade na função, além de diminuir a motivação dos funcionários, tende a sedimentar as práticas tradicionais e reduzir a propensão a inovações no funcionamento do cartório (BRASIL, 2007, p. 55, grifo nosso).

Nesse passo, é intuitivo que o serviço judiciário, simbolizado na figura do processo, encerra um feixe de atividades que tornam sua compreensão complexa até mesmo para seus experientes integrantes, restando indecifrável para os contribuintes e cidadãos leigos, que não comungam dos valores informadores da consciência jurídica, insculpidos na mente

dos operadores do Direito desde os primeiros passos de sua formação acadêmica⁵. Portanto, é pertinente ponderar que é por isso que muitos leigos desprezam o que não compreendem, e fazem acompanhar seu desprezo de críticas severíssimas ao Poder Judiciário e seus integrantes.

Olvida-se, nesse fenômeno, que o Poder Judiciário, ainda que seja fruto em parte de sua própria atividade criadora, de suas relações internas de poder e democracia, nada mais é que uma expressão da soberania do Estado Brasileiro, ou seja, fruto das leis brasileiras, como já dito. Portanto, grande parcela daquilo que é alvo de críticas e mais críticas no cotidiano dos cidadãos, que precisam ir ao fórum pelos mais ordinários motivos e necessidades, nada mais é do que o resultado das decisões políticas de outros, da atividade – ou inatividade – de pessoas necessariamente estranhas aos fóruns e aos tribunais: os legisladores! É muitas vezes o legislador, esse ente impessoal, que das escrituras sagradas retira a imponência que o termo empresta, que ao não conseguir escrever regras claras e coerentes num mesmo período, faz com que os processos judiciais não tenham um andamento disciplinado nos cartórios para um bom termo, ou que tenham uma vida longa fadada à inutilidade.

Porém, este trabalho também não se deterá neste fator resultante de má qualidade, porquanto fora do alcance da competência dos integrantes do Poder Judiciário, malgrado se possa e deva dar sempre a melhor e mais adequada interpretação aos textos das leis maldiscutidas e votadas, de modo a materializar a razão de ser da tripartição clássica das funções de poder idealizadas por Montesquieu, com seus pesos e contrapesos.

Este trabalho, além de não tratar propriamente das fontes de perda de qualidade de origem legislativa, econômica e cultural, também não trata

5 Em função disso, defendo o ensino jurídico desde os primeiros passos da vida escolar, mormente no ensino médio. Um cidadão consciente não só dos seus direitos, mas dos seus deveres, e dos aspectos processuais dos conflitos judiciais em que se veja envolvido, ou seja, das consequências dos atos comerciais, civis e criminais, certamente será levado a agir em conformidade com as leis, evitando a instauração de processos, pois evitados os próprios conflitos.

propriamente daquelas de cunho econômico no escopo da administração judiciária, tais quais as que dizem respeito à contratação de novos servidores e magistrados, criação de novas comarcas e fóruns. Ele aborda as causas de perda de qualidade da prestação do serviço judiciário, a jurisdição (soberania estatal que se manifesta por meio do processo), concentrando-se nas audiências judiciais como um dos possíveis agentes dessa má qualidade .

1.3 A legislação inadequada como causa de lentidão

Um fator de considerável atraso na prestação jurisdicional – a má qualidade mais criticada pelo usuário cidadão – pode ser a inadequação da legislação que disciplina o rito dos processos, seja por ser ultrapassada e antiga, seja por ser de má qualidade técnica, ainda que recentemente editada.

Na verdade, o que se tem observado na prática diária é o fato de que muitas das leis editadas nos últimos anos causaram mais controvérsias no meio jurídico, justamente por não tratarem de forma objetiva e clara os assuntos que tencionavam disciplinar e aprimorar. Houve casos de, em poucos anos, duas ou três leis, editadas para disciplinar uma mesma matéria, contrariarem a política e os objetivos umas das outras.

Houve o caso, por exemplo, das leis de drogas, em que a antiga (Lei n. 6.368, de 21 de outubro de 1976) conviveu com a nova (a Lei n. 10.409, de 11 de janeiro de 2002), ou seja, dois diplomas legais em vigor, em algumas partes opostos, exigindo dos magistrados uma intensa e demorada interpretação sistemática de todos os comandos, para se descobrir o que de um ou outro deveria prevalecer, um trabalho, senão muitas vezes inconciliável, certamente impossível de ser feito com a agilidade que deveria emprestar um texto legal claro e autoelucidativo.

E não muito tempo depois, uma terceira lei veio a disciplinar totalmente a matéria (Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006), instituindo um rito inovador que se afigura de difícil execução.

E esse caso da política nacional de drogas é somente um dentre vários para caracterizar o nível crescente de complexidade do trabalho do operador do Direito. Tal fato é decorrente de um fenômeno cultural também ligado ao ensino (*vide* item 1.5, adiante), pois é notória a dificuldade dos legisladores modernos em se desincumbirem da missão de legislar de forma competente. Em que pese a especialização das comissões no Congresso Nacional para o debate de matérias específicas, o que se verifica é que o próprio texto das leis não emprega termos técnicos adequados e tradicionais ao Direito nem emprega o sentido popular, e sim opta muitas vezes por uma inovação léxica lamentável, pelo que há uma profusão de leis que conflitam entre si, que nem sequer se dão ao trabalho de tirar do ordenamento, pela revogação, as anteriores que trataram do mesmo assunto.

Em suma, não há sempre o respeito à técnica de compilação no trabalho apressado e superficial do legislador, embora ele próprio tenha feito tal previsão no Texto Magno, mandando editar uma lei complementar somente para disciplinar a técnica da edição de leis (LC n. 95/1998)⁶.

Há quem entenda que esse fenômeno da multiplicação das leis se deve a uma tendência brasileira de tentar resolver os problemas por meio de leis abstratas em lugar de ações concretas. Ostenta uma verdade essa crítica, porém as leis que mais surtem problemas imediatos aos magistrados são as processuais, também ditas adjetivas. Essas são as leis que não criam nem modificam direitos, mas disciplinam a tramitação dos processos judiciais, a forma como eles são iniciados, o modo como as provas para o descobrimento da verdade são produzidas, e o que é necessário para julgá-los.

6 Lei Complementar n. 95, de 26 de fevereiro de 1998, cuja ementa expressa: "Dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis, conforme determina o parágrafo único do art. 59 da Constituição Federal, e estabelece normas para a consolidação dos atos normativos que menciona--."

No plano do Direito Processual Civil pode-se dizer que o Brasil ostenta uma legislação moderna e eficaz, clara e não contraditória. Para tanto, é de destacar que o Código de Processo Civil de 1973 veio ao longo dos anos sofrendo mudanças tópicas, sugeridas após estudos promovidos por profissionais da área que se ocuparam de debates por muito tempo, diferentemente de mudanças legislativas impostas no calor dos acontecimentos, como não raro ocorreu no âmbito penal.

Quanto ao Direito Processual Penal, não se teve nos últimos anos a mesma técnica e competência do legislador cível, embora em 2008 duas leis tenham estabelecido mudanças importantes.

Pelo contrário, diante de uma dificuldade crescente de meios materiais advindos do contingenciamento de verbas públicas, cadeias, presídios e penitenciárias que não foram edificadas, agentes prisionais e policiais que não foram admitidos, acabou reagindo o legislador com novas leis que alteraram o sistema penal brasileiro justamente para evitar que pessoas fossem encarceradas ou mesmo encaminhadas a uma delegacia de polícia. Respondeu o legislador com mecanismos novos, menos formais e claramente alternativos, despenalizadores, que abarcaram algumas ideias relevantes e pertinentes, como a implementação das penas alternativas, da prestação de serviços à comunidade em lugar da restrição da liberdade.

Contudo, paradoxalmente, houve o crescimento da população carcerária brasileira. O Cientista Político Nóbrega Júnior (2007) destacou que no ano de 1995, ano de entrada em vigor da Lei n. 9.099/1995, que despenalizou muitas condutas criminosas, a população carcerária brasileira total era de 148.760. Porém, no ano 2000, segundo o Ministério da Justiça (e apesar da expressiva alteração na política punitiva criminal brasileira), aumentou para 232.755 presos. E depois, com o advento da Lei n. 10.259/2001, quando o rol dos crimes ditos de menor potencial ofensivo

ampliou-se ainda mais, abarcando crimes com penas não superiores a dois anos, houve um salto para 422.590 presos no ano de 2007⁷.

Bem assim, os dados estatísticos são prova incontestante de que a legislação penal não está correspondendo às necessidades brasileiras, e há a hipótese de que seja justamente ela a causa do aumento da superpopulação carcerária, pois o advento das duas leis citadas deveria, obviamente, tê-la diminuído, ou pelo menos contido.

Justamente o que defendem alguns especialistas, sobretudo alguns ligados à segurança pública – sem muito apoio dos profissionais ligados à Justiça, que se mantêm defendendo as conhecidas teses de despenalização, que embasaram as referidas leis –, é que a legislação, ao criar uma sensação de impunidade, estaria a estimular a criminalidade. O infrator de pequenas contravenções e crimes, depois de impune, ver-se-ia estimulado à prática de mais e mais condutas contrárias à vida em sociedade, e acabaria por cometer crimes graves e violentos os quais a lei qualifica muitas vezes como hediondos. Por sua vez, quando o infrator chega nesse ponto de sua escalada criminal, ele se depara com a Lei n. 8.072/1990 (Lei dos Crimes Hediondos), ou quando menos com penas elevadas que lhe impõem a prisão imediata se em flagrante, tudo lhe negando e dificultando benefícios como a liberdade provisória, fiança, progressão de regime, entre outras situações de maior rigor, cujo resultado é a permanência maior dele dentro dos estabelecimentos prisionais, mormente quando não tem fortuna suficiente para bons advogados.

Em suma, num primeiro momento, o legislador inibe a possibilidade da punição pelas autoridades no caso dos crimes mais comuns, e, depois, o mesmo legislador, nos crimes graves cometidos e estimulados por aquela sensação de impunidade, impede as autoridades de conceder benefícios ao

7 Mais informações nos documentos de estatística do InfoPen, do Ministério da Justiça, disponível em: <<http://www.mj.gov.br/depen/data/Pages/MJD574E9CEITEMIDC37B2AE94C6840068B1624D28407509CPTBRIE.htm>> .

réu preso ou já condenado, no resgate de sua pena. Tal problema interfere na qualidade de toda a prestação jurisdicional, diante da constatação de que a população carcerária aumenta, e junto com ela os processos de execução penal, mas não aumentam os meios materiais judiciários.

Assim, para o mesmo quadro de juízes que pouco cresceu nos últimos anos, houve um aumento em progressão geométrica de processos criminais por cometimento de crimes bárbaros, o que está roubando a dedicação da Justiça para a resolução dos demais processos, e há a possibilidade de tudo ser decorrente não só de uma má legislação editada, mas de opções político-jurídicas equivocadas. Por fim, é de destacar que a gerência e a solução desse problema refoge do âmbito do Poder Judiciário, pois não lhe compete legislar, mas, sim, aplicar a lei, interpretando-a diante de cada caso concreto, contudo.

1.4 A hipertrofia do acesso à Justiça como possível causa de lentidão

O fenômeno da morosidade da Justiça parece ser algo antigo, mas passou a constituir uma preocupação permanente, pois se liga à ideia de acesso à Justiça, à forma como os cidadãos são obrigados a recorrer aos meios estatais para a solução e pacificação de seus conflitos com outros cidadãos, pois a ninguém é dado o exercício particular da justiça, o que inclusive se constitui crime (art. 345 do Código Penal⁸).

Nesse contexto, é importante registrar que a Constituição da República, no inciso XXXV do art. 5º, prescreve que —a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Logo, ao negar ao cidadão o exercício da manutenção privada dos direitos que ele imagina ter, obriga a todos o recurso à Justiça para a solução dos conflitos. Portanto, é indubitável que o cidadão tem direito, ao menos quanto ao acesso, a uma

8 *In verbis*: “Exercício Arbitrário das Próprias Razões - Art. 345. Fazer justiça pelas próprias mãos, para satisfazer pretensão, embora legítima, salvo quando a lei o permite: Pena - detenção, de 15 (quinze) dias a 1 (um) mês, ou multa, além da pena correspondente à violência”.

prestação jurisdicional que assume uma dimensão absoluta, independente de qualquer outra previsão legal.

De tão absoluto que aparenta ser tal acesso, fundado no art. 37, § 6º, da Constituição da República, a doutrina já admite, como consequência do monopólio do exercício da jurisdição, que contra o Poder Judiciário seja intentada ação de indenização em razão da morosidade na prestação jurisdicional⁹.

Em decorrência dos preceitos acima mencionados, pode-se serenamente concluir que o Poder Judiciário brasileiro está obrigado a apreciar toda e qualquer pretensão dos cidadãos, e está também obrigado a julgar em prazo razoável, pois o legislador, por meio da Emenda Constitucional n. 45, de 2004, acrescentou o inciso LXXVIII no artigo 5º da CF/88, pelo que elevou a celeridade na prestação jurisdicional a direito fundamental: "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Outrossim, além da inadequação da legislação, fala-se em uma hipertrofia do Poder Judiciário, a qual estaria acontecendo em razão de vários fatores ligados às grandes mudanças por que passou nosso país durante as últimas décadas. Concorre também para o fenômeno o aparecimento de novas correntes de pensamento e de doutrinas jurídicas que visam facilitar o acesso à Justiça e atenuar as desigualdades socioeconômico-culturais, enquanto a máquina judiciária não cresceu na mesma proporção.

E assim, de um lado o crescimento dos processos ajuizados em razão do aumento populacional e da concretização de mais direitos aos cidadãos, principalmente a partir da Constituição de 1988; e de outro a

9 Pode-se citar: –Uma vez caracterizada a prestação jurisdicional como direito fundamental assegurado pelo Estado, a demora em sua prestação vem a configurar, de forma manifesta, atividade pública imperfeita, sendo irrelevante para os usuários os motivos determinantes da delonga injustificável, indolência do juiz, mau aparelhamento da máquina, falta de quadros (o que só terá relevo para fins regressivos), a comprometer o bom funcionamento do serviço como um todo (à hipótese da sobrecarga e da falta de quadros), ou de um ou alguns processos em especial desídia do juiz ou de seus auxiliares, ou ainda culpa exclusiva ou concorrente da própria parte– (LOUREIRO FILHO, 2005, p. 212).

falta de estrutura adequada, costuma-se debitar à conta da Constituição de 1988 a responsabilidade pelas mudanças. Partindo-se da premissa de que o legislador precisasse corrigir seu erro, alterando a Constituição, suprimindo direitos ao cidadão, a fim de garantir um rol menor deles, teríamos forçosamente de estabelecer, então, os direitos a serem abandonados. Porém, quais seriam eventualmente tais direitos? O acesso à educação ou à moradia, ou o salário mínimo, ou o próprio acesso à Justiça? Talvez fosse o acesso à saúde pública gratuita um dos únicos direitos a ser mais facilmente limitado, por decisão política? Ora, na última hipótese não seria o acesso gratuito à saúde necessariamente suprimido em sua totalidade, o que pouco influiria no problema gerado pela questão da limitação.

Bem assim, parece-me evidente o descabimento da hipótese de que a Constituição tenha concedido direitos numa gama impossível de ser assegurada aos cidadãos. Ora, enquanto tomados como contribuintes, na proporção dos tributos que recolhem aos cofres públicos, fica também evidente a noção de que o problema dos direitos previstos não assegurados, com conseqüente instauração de um litígio contra a própria Fazenda Pública omissa, é um problema mais de execução orçamentária, de eficiência do Poder Executivo (corrupção, má distribuição orçamentária, desvios de verbas etc.), e de fiscalização legislativa, do que judicial.¹⁰

1.5 A qualidade do ensino como fator de retrabalho judiciário

Sabe-se que o Poder Judiciário é um receptor da mão de obra habilitada pelos centros de ensino de excelência, seja por empregá-la como servidores ou estagiários, seja por ser o destinatário do produto do trabalho dos advogados e demais profissionais, trabalho este que pode ser quase que totalmente representado pelas petições, que nada mais são que documentos

10 Acerca da questão má gestão de receitas e despesas, da execução orçamentária, consultem-se as obras do jurista Harada (2005a; 2005b).

escritos e argumentativos. Porém, não é objeto da missão constitucional da Justiça ministrar ensino jurídico, tutelá-lo ou mesmo fiscalizá-lo, embora atualmente o texto constitucional estabeleça como requisito para a promoção dos magistrados a participação em cursos de aperfeiçoamento (art. 93, II, *c*, da CR¹¹), motivo de haver hoje a Academia Judicial em Santa Catarina.

Porém, de todo modo, justamente por ser o Judiciário o destinatário dos profissionais egressos das universidades, bem como por acolher servidores e estagiários bolsistas formados por outras organizações, tem-se verificado uma insatisfação geral entre os juízes e escrivães porque a qualidade dos recursos humanos existentes não está conseguindo atender à demanda forense.

Essas deficiências resultam em retrabalho para o Judiciário, que tem de suprir as falhas postulatórias das partes, corrigir e refazer projetos de decisões das assessorias dos gabinetes de magistrados, ou mesmo anular processos inteiros em função de vícios não apontados oportunamente até pelas partes interessadas, e tudo isso inevitavelmente causa morosidade, com perda de qualidade.

É sabido que nos últimos anos houve um aumento significativo das vagas nos cursos de Direito. Tal fato constitui uma melhoria na qualidade de vida dos cidadãos, pois mais profissionais estão agora no mercado e, por competirem entre si, acabam tornando mais fácil o acesso à Justiça, inclusive financeiramente.

Contudo, não se pode olvidar que junto disso houve também um decréscimo na qualidade do ensino, resultado de um vestibular menos

11 –Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: [...] II - promoção de entrância para entrância, alternadamente, por antiguidade e merecimento, atendidas as seguintes normas: [...] c) aferição do merecimento conforme o desempenho e pelos critérios objetivos de produtividade e presteza no exercício da jurisdição e pela frequência e aproveitamento em cursos oficiais ou reconhecidos de aperfeiçoamento; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)".

rigoroso e, conseqüentemente, da graduação de profissionais menos aptos. Assim, o que ocorre, também, é que muitos bacharéis estão agora a disputar colocação no mercado de trabalho postulando direitos que antes, nas gerações anteriores, não chegavam aos balcões do Poder Judiciário por não passarem pelo crivo de profissionais mais dedicados a causas de maior viabilidade e retorno financeiro.

Não bastasse o fato de tais conflitos se tratarem de causas menos relevantes, seja pelo conteúdo econômico questionado, seja pela possibilidade de sucesso para a parte autora da ação, elas estão sendo declinadas perante o Poder Judiciário sem o nível técnico desejado, como antes mencionado, o que causa ao aparato da Justiça embaraços de toda ordem, que se vê obrigada a tentar suprir as deficiências postulatórias.

Porém, é no Poder Judiciário que reflete em maior escala a crítica do cidadão que vê seu processo tramitar por anos, ou o vê chegar a um termo final que lhe é inútil, ignorando que tal responsabilidade é da negligência do profissional, que deveria conhecer o Direito e patrocinar-lhe a causa.

É bem verdade que os Exames de Ordem estão cada vez mais rigorosos, o que impede bacharéis formados deficientemente de chegar ao mercado de trabalho. Todavia, não se pode olvidar que tais bacharéis chegam de uma forma ou de outra ao mercado, e o fruto de seu trabalho reflete-se no serviço prestado por seus empregadores, que os acolhem como mão de obra mais barata, já que ausente a habilitação proveniente do Exame de Ordem, mas presente a graduação em nível superior.

Também nesse sentido, não se pode ignorar que, mesmo antes de formados, os estudantes de Direito constituem uma força de trabalho prestigiada pelas empresas e também pelos governos, muitas vezes seduzidos pelo empenho de promover a contenção de despesas a qualquer custo. Essa tendência sofreu recentemente um revés pela edição da Lei n. 11.788/2008, que concedeu novos direitos e garantias aos estagiários,

tornando tal mão de obra economicamente não tão atraente se comparada ao servidor público efetivo.

Até então o Poder Judiciário catarinense não atuava de forma diferente ao alocar nos gabinetes dos magistrados dois a três estagiários, além de um assessor comissionado, todos demissíveis *ad nutum*¹². Há também casos de servidores efetivos alocados para funções de gabinete, mas isso depende da realidade de cada fórum, pois é difícil encontrar servidores estáveis graduados em Direito, pelo simples fato de que em muitos lugares eles são escassos e são necessários em funções cartorárias e administrativas, das quais não podem ser transferidos para auxiliar o magistrado. Ademais, tais colaboradores, estudantes ou já habilitados pela graduação superior, são recursos humanos aptos a alcançar melhores postos de trabalho, com remuneração mais atraente.

Desse modo, seja para o caso do estagiário, seja para o caso dos servidores, há uma contínua seleção natural que reserva para as melhores bolsas e salários os melhores profissionais e estudantes, de forma que sobram os menos qualificados para as vagas menos atraentes. Sobretudo no mundo real dos estudantes sem estabilidade financeira, a vocação para a magistratura ou outra carreira não é fator primordial para manter um bom estagiário ou servidor que saiba fazer projetos de sentenças e decisões junto de um juiz que tem milhares de processos esperando apreciação, quando outra organização oferece uma bolsa mais expressiva¹³, a qual lhe custeará os estudos e não raro lhe proporcionará um ganho adicional.

12 A maioria dos juízes substitutos e todos os juízes de direito dispõem de um assessor e dois estagiários. Os desembargadores dispõem de um secretário jurídico, quatro assessores, um oficial de gabinete e dois estagiários. Os juízes substitutos não vitalícios que ainda ostentam assessor dispõem de três estagiários.

13 Portanto, é necessário que haja uma conscientização de que a remuneração dos bolsistas estagiários de gabinete em Santa Catarina deve ser elevada, compatível com as responsabilidades do estágio, tudo tendente a buscar e manter os alunos de melhor desempenho nos cursos de Direito, em um processo contínuo de formação dos futuros candidatos à magistratura e ao serviço público judiciário. É também necessário que junto dos estagiários sempre haja servidores estáveis, já formados, igualmente bem remunerados, com a função de coordená-los e ampará-los, impedindo que o tempo de que os magistrados dispõem para analisar os processos seja desviado para dar-lhes atenção e tutela, e suprimindo deficiências do ensino, mormente por tratar-se de pessoas jovens, com as maneiras próprias da faixa etária.

Introduzida a temática da busca da qualidade judiciária com a abordagem de seus principais assuntos, estabelecida a premissa de que essa qualidade do serviço prestado aos contribuintes parte principalmente da busca pela celeridade, pois esta redundaria na necessária eficácia, que é mister da jurisdição, passa-se ao capítulo seguinte, que investiga as audiências judiciais como atos solenes do andamento processual passíveis de causar demora e perda da qualidade na prestação do serviço jurisdicional.

2 AS AUDIÊNCIAS JUDICIAIS COMO AGENTES DA PERDA DE QUALIDADE NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO JURISDICIONAL

A audiência judicial pode ser de conciliação, de instrução e de julgamento; muitas vezes as três finalidades acontecem no mesmo ato, ou duas delas, e o juiz julga ao final da instrução, ou antes de iniciá-la, tentando conciliar as partes.

Ela é a reunião dos litigantes que promove o contato pessoal dos servidores que integram o Judiciário com a população em geral, e, assim, nela ficam expostas todas as eventuais deficiências estruturais desse Poder, ou mesmo as inaptidões de seus integrantes, inclusive dos magistrados. As audiências são, somente em virtude dessa constatação, os atos públicos que potencialmente podem mais trazer críticas desabonadoras, daí sua importância para a gestão da qualidade judiciária.

As audiências comumente acontecem nos fóruns, com a presença de juízes, ou no mínimo de conciliadores especializados recrutados dentre servidores, bem como com a presença das partes e seus advogados, e, ainda, dos promotores, como autores ou mesmo como fiscais da lei em algumas causas especiais. Dentre todos os que devem comparecer em uma audiência, além do juiz, obviamente, os mais importantes talvez sejam

as testemunhas e os peritos, estes eventualmente chamados a esclarecer pessoalmente pontos obscuros de seus laudos¹⁴.

Bem assim, é necessário agendá-las e também delas intimar os envolvidos antes mencionados. Para tanto, são indispensáveis considerável antecedência e precisão nas qualificações e endereços, a fim de que todos possam ser localizados por oficiais de justiça ou pelo serviço postal. É preciso que todas as pessoas sejam efetiva e exaustivamente procuradas e, quando encontradas, façam-se presentes no ato da audiência, mormente as testemunhas, sob pena de condução imediata sob coerção policial – o que é menos comum do que a não realização da audiência, em tais casos.

Na verdade, o que ocorre quando da falta de uma testemunha ou de um perito é o cancelamento ou transferência da audiência, já que são marcadas várias para um só dia, em horários muito próximos, em razão da elevada quantidade de processos, de forma que não se dispõe de tempo para aguardar providências urgentes como a condução coercitiva. Assim, acaba sendo estabelecida uma outra data – o que, em função de uma pauta geralmente lotada, pode ser vários meses adiante – e expedidos mandados de condução para os faltantes e desobedientes à ordem judicial de comparecer. Na mesma proporção, torna-se *atraente*, diga-se, promover o não comparecimento de uma testemunha à audiência para aquele a quem aproveita a demora processual.

É recomendável a condução imediata das testemunhas, especialmente nos processos criminais (*vide* art. 218 do Código de Processo Penal), sobretudo para desestimular insubmissão popular de não colaborar com o descobrimento da verdade, ou manobras escusas das partes em busca da morosidade. É sabido que um cidadão ser retirado *sub vara* dos seus afazeres

14 A respeito dos deveres dos cidadãos chamados a encontrar a verdade em um processo, podemos citar do CPC: "Art. 339. Ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade. [...] Art. 341. Compete ao terceiro, em relação a qualquer pleito: I - informar ao juiz os fatos e as circunstâncias, de que tenha conhecimento; II - exibir coisa ou documento, que esteja em seu poder".

é constrangedor e humilhante, bastando, portanto, a notícia da condução de um e outro, principalmente dos mais abastados, para que não seja tido como bom conselho desobedecer a uma intimação judicial.

Para isso ser possível, é necessário que poucas audiências sejam designadas para um mesmo dia, ou que haja intervalos consideráveis entre elas, não só para que a diligência da condução aconteça no mesmo dia, mas para que a solenidade seja feita com maior atenção e cuidado, e sejam prolatadas sentenças ou decisões interlocutórias. Note-se que uma pauta não abarrotada propicia não só a condução de testemunhas faltosas imediatamente, mas uma leitura mais calma das peças processuais, um diálogo mais aprofundado das questões processuais pelos procuradores e pelo juiz, que, assim, pode decidir, e até sentenciar. Ora, é sabido que uma pauta lotada não comporta decisões em audiência, como manda a lei, pois somente o ato de ditar ao escrevente, que deve digitar as ordens judiciais, consome considerável tempo da pauta.

A diretriz de decidir em audiência, a médio prazo, promove diminuição da morosidade no andamento do processo pelo fato de as partes e procuradores já saírem imediatamente intimados do ato, pelo que se evita a demora da publicação pelo cartório¹⁵. Também não se ignora o fato de uma decisão ditada em audiência ser mais concisa, mais breve, e portanto mais ágil, que as escritas em gabinete, as quais demandam mais tempo para serem reduzidas a escrito ou se baseiam em modelos mais rebuscados e extensos.

Frise-se, assim, o peso que uma não conformidade qualquer relativa a uma audiência tem na demora de um processo e, assim, na perda da qualidade, pois qualquer pormenor pode significar meses de espera, seja para uma decisão em gabinete, seja para a marcação de uma nova audiência, e neste caso há um significativo retrabalho, consistente em novas intimações, prazos, mandados e ofícios, diligências de oficial de justiça etc.

15 Segundo estudo do Ministério da Justiça (BRASIL, 2007, p. 23), "As rotinas mais representativas do tempo total do cartório são a publicação e a juntada. Somados os tempos gastos em publicação, computa-se o equivalente a algo entre 51,4% a 69,3% dos tempos totais em cartório".

2.1 O tratamento dispensado às partes e testemunhas como hipóteses de não conformidades

Uma espécie de não conformidade ocorrente nas audiências, que tende a passar despercebida, mas que é de suma importância para a percepção da satisfação do público – e sem prejuízo de reflexos indiretos na rapidez ou eficácia do processamento –, é o atendimento descuidado aos contribuintes em geral no ambiente forense.

Imagine-se a condição da testemunha, como uma dona de casa, por exemplo, chamada geralmente pela acusação para prestar depoimento cujo conteúdo tende a prejudicar o interesse do réu, a quem possa ter presenciado cometer crime com violência a pessoa. Tal testemunha espera do local de trabalho que se constitui o fórum não só cordialidade e presteza no atendimento de suas dúvidas quanto a como proceder, nos seus mínimos detalhes, quando se apresenta antes do horário determinado no mandado que recebeu, mas ela espera também segurança de ver-se rodeada por policiais, de não ter que dividir o corredor com o réu, mormente quando preso e algemado. Frise-se que mesmo no âmbito cível é constrangedor dividir os bancos de espera do corredor com advogados e partes.

Portanto, para a satisfação de todos, é necessário que o fórum seja um lugar o mais agradável possível, mais no que concerne ao trato com as autoridades e servidores do que à sua estrutura física, a qual também não pode ser descuidada. O fórum não deve ser um lugar demasiadamente luxuoso, tampouco um lugar ordinário e inexpressivo arquitetonicamente. O fórum é um prédio público que materializa as funções primárias da soberania de uma nação e portanto deve ser modernamente projetado e construído em amplos espaços, os quais abriguem também serviços correlatos à Justiça, tudo para que a noção das altas responsabilidades seja inculcada na mente do público e dos próprios integrantes, que passam a vida nele. A figura do fórum deve ser austera, porém afável tanto quanto possível no atendimento ao público, para

gerar satisfação aos usuários, aumentar a percepção da qualidade, inclusive para os condenados e sucumbentes, que precisam ser motivados a respeitar a Justiça, o que vai diminuir a oportunidade da crítica gerada pela irrisignação natural.

Iniciada a audiência, na presença do juiz e dos advogados das partes, naturalmente pouco à vontade sentir-se-á qualquer cidadão na condição de testemunha, seja pela responsabilidade de testemunhar, seja pelo poder conferido ao juiz de investigar-lhe a intimidade e a consciência para obter as informações que interessam ao processo. Ora, é no mínimo preciso conhecer as relações da testemunha com as partes, entre tantos detalhes, mesmo antes do depoimento propriamente dito, que poderá ser compromissado sob juramento ou não, ou, ainda, dispensado de plano.

Não se ignore, ainda, que as pessoas são chamadas a comparecer no fórum, pelo que têm de deixar seus afazeres e residência e deslocar-se por distâncias consideráveis, o que consome tempo e dinheiro. Seja no meio urbano, seja no meio rural, o dever de comparecer em uma audiência torna-se dispendioso e aborrecedor pelos mais diversos motivos. Soma-se ao fato, ainda, uma cultura que impõe até mesmo indumentárias para quem não as pode adquirir, ou cujo uso pode ser alegado como incompatível com o clima quente que predomina em Santa Catarina, tanto mais no restante de nosso território tropical.¹⁶

Há uma prática difundida de convocar testemunhas, as quais se dirigem ao fórum, ficam à espera, para depois dispensá-las do ato, seja por parte

16 Nem todas as pessoas vivem e trabalham usando calças ou roupas pesadas, sobretudo as mais humildes, que são a grande parcela em Juízo. Em que pese haver resfriamento por ar-condicionado, também costumam ser os espaços públicos dos fóruns lugares muito quentes. Eis aí um fator de perda de qualidade importante na estrutura judiciária catarinense: a dependência do ar-condicionado! É famosa e notória a situação do Fórum da Capital, que, apesar de dispor de ar-condicionado central, não é tido como um lugar de bem-estar e segurança ambiental, mas de calor insuportável. Há outros fóruns pelo Estado com problemas semelhantes. Em resumo, pode-se dizer que alguns prédios não têm eficiência energética, e são mesmo verdadeiros acumuladores de calor em pleno verão. Disso resulta uma despesa pública com a energia elétrica necessária ao resfriamento artificial do ar muito alta, o que merece a atenção dos projetistas e engenheiros do TJSC. Consultem-se, a respeito da eficiência energética, os notáveis trabalhos e publicações do Laboratório de Eficiência Energética em Edificações da UFSC – LaBEE: <<http://www.labee.ufsc.br/>> .

da defesa, seja da acusação, que parece ter mais tal hábito. Ora, é tempo de considerar tal ocorrência como uma não conformidade, porquanto uma testemunha ser intimada gera despesa pública, e sua dispensa sumária é uma possível causa de descontentamento, porque incompreendida pelo cidadão convocado.

Assim, deve haver rigor no momento não só de arrolar testemunhas, o que deve ser observado especialmente pela acusação – a qual dispõe das provas contidas no inquérito policial para postular a condenação do réu –, mas também rigor no ato decisório do magistrado, que não deve ser obrigado a deferir tudo o que é postulado. Adiante, tratará este artigo dessa possibilidade de saneamento difuso ao longo dos processos, não só no âmbito cível, mas também no penal.

2.2 A inibição das não conformidades estimuladas pelas partes nas audiências

Diante do que já foi exposto, intuitivo que alguns vejam na possibilidade de se arrolar testemunhas inexistentes, impossíveis de serem encontradas, um subterfúgio para fazer parar o processo. Na verdade, basta arrolar várias testemunhas mesmo existentes, mas residentes em regiões da competência de outros juízes (comarcas, subseções), onde devem ser ouvidas (em processos chamados cartas precatórias), que a probabilidade de alguma pessoa não ser encontrada aumenta, sendo enfim a própria demora decorrente da formação desse subprocesso um fator de muito atraso e consequente perda de qualidade.

Portanto, não se pode tolerar que sejam arroladas testemunhas para fins escusos, como a simples demora jurisdicional, que no âmbito criminal se faz mais sentir por haver a possibilidade da prescrição penal (que apaga o crime em todos os efeitos, até mesmo quando há uma sentença condenatória), tudo aliado ao fato da ausência de previsão de sanção punitiva

para tais condutas. No cível, não há prescrição, embora a demora possa resultar em algum proveito econômico para os réus omissos ou devedores renitentes; contudo, há os institutos da litigância de má-fé e do ato atentatório à dignidade da justiça, que punem a parte ímproba e revertem multas em prol da parte prejudicada.

Uma das possíveis soluções para inibir o requerimento de inquirição de testemunhas somente para a busca da demora e da prescrição, no âmbito penal, seria a aplicação subsidiária do CPC, mormente de suas multas por litigância de má-fé e ato atentatório à dignidade da justiça, porém a jurisprudência brasileira não tem admitido tal aplicação¹⁷, sob o argumento de que a ampla defesa – e aí incluídas até as de má-fé – é garantia individual fundamental.

Entretanto, com as alterações promovidas no CPP, por força do adiante citado art. 400, § 1º, atualmente pode o juiz, desde que fundamentada e motivadamente, limitar ou excluir testemunhas protelatórias, impertinentes ou excessivas, o que tende a superar a necessidade da aplicação de sanções.

Dispõe a referida norma:

Art. 400. Na audiência de instrução e julgamento, a ser realizada no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, proceder-se-á à tomada de declarações do ofendido, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, ressalvado o disposto no art. 222 deste Código, bem como aos esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, interrogando-se, em seguida, o acusado. (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008). § 1º As provas serão produzidas

17 Pela aplicabilidade de sanções por litigância de má-fé no processo penal, consulte-se, na jurisprudência da Região Autónoma de Macau, em Língua Portuguesa, o julgamento do Recurso em Processo Penal n. 12/2001, de 28-9-2001, rel. o Dr. Chu Kin, no Tribunal da Última Instância. Disponível em: <<http://www.court.gov.mo/Decision/ptsuidetail.asp?seqno=67&courtid=TUI>>. Pela inaplicabilidade, consulte-se o julgamento do Processo JTRC n. 1676/06, de 12-7-2006, rel. o Dr. Freitas Vieira, no Tribunal da Relação de Coimbra. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/06ebcd62300f3f7b802571e2004af0de?OpenDocument&Highlight=0,litig%C3%A2ncia,m%C3%A1-f%C3%A9,penal>> .

numa só audiência, podendo o juiz indeferir as consideradas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias. (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).

Tal norma reproduz uma importante inovação processual penal que apareceu primeiramente na Lei dos Juizados Especiais (Lei n. 9.099/1995), cujo art. 81, § 1º, dispõe:

Art. 81. Aberta a audiência, será dada a palavra ao defensor para responder à acusação, após o que o Juiz receberá, ou não, a denúncia ou queixa; havendo recebimento, serão ouvidas a vítima e as testemunhas de acusação e defesa, interrogando-se a seguir o acusado, se presente, passando-se imediatamente aos debates orais e à prolação da sentença. § 1º Todas as provas serão produzidas na audiência de instrução e julgamento, podendo o Juiz limitar ou excluir as que considerar excessivas, impertinentes ou protelatórias.

Em que pese a importância de tal permissão legal dada ao juiz em seu poder instrutório no Processo Penal, até bem recentemente não se encontravam na jurisprudência catarinense julgamentos a respeito da aplicação de tais normas, especialmente das Turmas Recursais, a quem compete em grau de recurso apreciar a limitação ou exclusão de testemunhas nos Juizados Especiais Criminais, desde 1995.

Um dos poucos precedentes das Turmas Recursais, talvez o único, que pode ser citado é o julgamento da Apelação Criminal n. 177/2002, em 19-2-2003, relator o Juiz Selso de Oliveira, que manteve sentença considerada como de boa lavra – prolatada ao final da instrução em audiência, expressão máxima da celeridade judicial¹⁸ –, a qual havia excluído da instrução, indeferindo a designação de nova audiência e nova tentativa de inquirição, uma testemunha não encontrada, arrolada pelo réu, tudo porque tal testemunha não alteraria a percepção dos fatos como já provados pelas demais testemunhas e pelo próprio réu, ou seja, em nada contribuiria

18 Não há menção ao nome do juiz prolator da sentença recorrida e tida como de boa lavra no acórdão.

para o descobrimento da verdade e para os fundamentos da condenação, que, afinal, foi mantida em grau de recurso.

É preocupante constatar que de todas as não conformidades possíveis no andamento de um processo que geram perda de qualidade no serviço jurisdicional as mais perniciosas ocorram justamente em audiências ou em função delas, mas que a principal ferramenta legal no processo penal inibidora de tais não conformidades tenha menção inexpressiva na jurisprudência das Turmas Recursais. Ora, tais não conformidades não são fruto do acaso na maioria das vezes, pois decorrem da atividade deliberada das partes e seus procuradores, que, conhecedores não só do texto legal mas da praxe forense, deduzem todos os requerimentos imagináveis e mesmo descabidos para a proteção dos interesses dos réus, que não querem ver-se condenados.

Tais práticas eram até então toleradas no âmbito criminal, em função do desamparo legal, como uma espécie de "mal necessário", pois, em função da garantia da ampla defesa, repugna à consciência jurídica dos penalistas impedir o acusado de defender-se, nem quando tal impedimento se traduz na verificação do real caráter de uma testemunha de qualificação incompleta, residente em lugar distante do distrito da culpa, a qual não foi citada em nenhuma fase anterior, seja pela vítima, seja pelo próprio acusado, mormente na fase policial. Frise-se que não se pode olvidar que é justamente na fase de investigação policial – que infelizmente se considera não constituir propriamente processo já em andamento, embora o CPP reserve topicamente tal qualidade no Livro I, Do Processo em Geral – que as versões das testemunhas são declinadas no calor dos acontecimentos e portanto mais fielmente, sem falar no remorso do réu como um fator desencadeante de confissões altamente detalhadas.

Um fator que colabora para a multiplicação de audiências criminais e inquirição de testemunhas impertinentes, excessivas e protelatórias,

inclusive as de acusação, é justamente o desprestígio conferido à figura da investigação policial. Em que pese o inquérito policial figurar, como já mencionado, dentro do CPP, abrindo o Título II do seu Livro I, junto dos títulos referentes à prova e à sentença, por exemplo, grande parte dos operadores do Direito se referem a ele como "mera peça informativa".

Especialmente porque não há imposição legal de fórmulas de respeito ao contraditório e ampla defesa durante os procedimentos policiais de investigação, costuma-se relegar à polícia um lugar insignificante nos códigos, o que depõe contra a materialização das garantias individuais dos cidadãos e do interesse público de manutenção da ordem e da paz públicas pelo fortalecimento da atividade policial.

Na verdade, a experiência demonstra que a investigação policial (e, portanto, os inquéritos e os termos circunstanciados) é a estrutura fundamental de qualquer pretensão acusatória, e é improvável que em juízo suas deficiências, mormente as periciais, sejam supridas, o que redundaria em alguns processos fadados à inutilidade pela absolvição do réu por falta de provas, ou pela impunidade decorrente da prescrição oriunda dos diversos percalços que uma investigação policial malfeita gera para o Judiciário – a famosa figura da baixa do inquérito para diligências. Ou pior, fadados a uma condenação sem prova suficiente, atentatória ao princípio *in dubio pro reo*.

O prestígio da doutrina que não idealiza o inquérito como peça integrante e importante do processo penal arraigou-se, em parte, com as alterações recentes havidas no CPP, que agora prescreve:

Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008).

Todavia, essa regra, à qual justamente parte da doutrina lança suas críticas, pode ser encarada como um grande avanço na medida em que a expressão *exclusivamente* indica que o juiz poderá, desde que em parte, ou seja, quando corroborado pela prova judiciária, condenar o réu com base no inquérito. Portanto, a fim de não criar embaraços ao serviço jurisdicional, basta que tal norma seja interpretada conjuntamente com as demais premissas que se sustentam nesse artigo, não se lhe emprestando o caráter rígido que muitos percebem em seu texto, que, a rigor, não é, pela própria ressalva feita com o uso da palavra *exclusivamente*.

De qualquer forma, impõe ponderar a imprecisão do legislador quando emprega o termo *repetíveis* ao tratar de provas, ao passo que usa o termo *elementos informativos* ao referir-se à investigação policial, o que nada mais é do que uma manifestação do já mencionado desprestígio ou mesmo preconceito que recai sobre os aparatos policiais brasileiros. Tal inversão relega o trabalho policial a um plano secundário, quando na verdade ele é primário, já que somente dele depende a colheita das provas periciais, científicas, de som e imagem, irrefutáveis portanto, ao passo que eleva a atividade dialética jurisdicional a uma responsabilidade da qual ela não pode se desincumbir facilmente, na forma de "repetir provas".

Note-se que um indício, uma evidência, uma prova deve ser captada, colhida e fixada no tempo, antes de seu desaparecimento, e tal lógica aplica-se até mesmo aos depoimentos de testemunhas, as quais podem ser assassinadas ou morrer naturalmente, ou, ainda, cujas psiquês imaginam, criam e se iludem espontânea e involuntariamente com o passar do tempo. E assim, ao ignorar que denúncias e sentenças condenatórias devem modernamente orbitar em torno de elementos que se manifestem por meio de áudio, vídeo, foto etc., ainda se tem quase que totalmente absorvido o processo penal por uma medieva atividade oral exercitada por inúmeras testemunhas que são chamadas a comparecer em audiências, as quais,

somente agora, começam a ser captadas em câmeras para serem guardadas em discos, sem a perniciosa, porque infiel, digitação dos depoimentos.

No âmbito processual civil, por outro lado, há toda uma disciplina muito bem legislada, acompanhada de uma doutrina e de uma jurisprudência realmente avançadas, que acertadamente entendem, em linhas gerais, que é do juiz, destinatário da prova, a incumbência de ditar o que deve ser produzido e o que não deve, além de lhe remanescer a obrigação de fundamentar sua decisão, de qualquer forma. Há certo prestígio nos ditos julgamentos antecipados, oportunidade em que o juiz prolata a sentença logo após a manifestação das partes, sem nenhuma produção de prova, inclusive testemunhal, em audiência, o que bem recentemente também foi felizmente incorporado pelo processo penal na forma da absolvição sumária (art. 397 do CPP).

O processo penal, de qualquer forma, tende a acompanhar as orientações lógicas em matéria de prova processual, diante da introdução do poder conferido ao juiz de limitar e excluir testemunhas excessivas, protelatórias e impertinentes. Esse poder de limitação e exclusão de testemunhas é análogo no processo civil, por meio da especificação de provas e do saneamento difuso do processo.

A testemunha deve prestar um serviço de interesse público, ainda que compareça independentemente de intimação, trazida pelo interessado. Assim, as testemunhas não são de ninguém senão do juiz, que deve ter o cuidado de compromissá-las somente quando efetivamente mereçam crédito, ou o cuidado de não ouvi-las quando são trazidas para o fórum depois de orientadas pelas partes para mentir e faltar com a verdade. Antes disso, como já dito, deve o juiz sanear paulatinamente o processo, inclusive o penal, verificando quais as testemunhas que pode excluir ou limitar de plano, desde o recebimento da denúncia, justamente para não se prestar ao trabalho teatral de fingir acreditar em pessoas desonestas.

Este magistrado tem, nos últimos tempos, tratado de limitar as testemunhas de acusação constantes na denúncia, tudo sem prejuízo à defesa ou qualquer de suas garantias. Ora, muitas vezes, por excesso de zelo, são chamados para audiência todos os policiais que nada presenciaram de relevante em casos que beiram a bagatela (como tentativas de delitos comuns por apenados já sob disciplina carcerária rigorosa, lesões leves, furtos de bens de pequeno valor, furtos de bens de pouco valor já restituídos, contravenções penais etc.) somente porque seus nomes são citados em alguma altura do inquérito ou termo circunstanciado, olvidando-se que o próprio caderno policial já encerra todas as informações que eles podem prestar. Tudo isso atrasa a pauta das audiências porque as torna demasiadamente longas, pouco objetivas e danosas ao interesse público, consistente em manter policiais, mormente os militares, no policiamento ostensivo, e não nos corredores dos fóruns esperando o pregão, para, depois, confirmarem tudo o que já está escrito nos autos: que foram chamados pelo Copom; que não presenciaram os fatos; que chegaram depois da agressão etc.! Ou pior: para serem sumariamente dispensados pelo órgão ministerial, depois de uma leitura mais atenta, ou mesmo diante de uma leitura mais voltada para o saneamento processual probatório!

Uma decisão deste autor, tomada nos autos de ação penal da Comarca de Joaçaba, diante de irresignação da acusação, no julgamento monocrático da Reclamação n. 2009.016213-2, em 13-4-2009, foi mantida pelo Des. Alexandre d'Ivanenko:

Trata-se de reclamação apresentada pelo representante do Ministério Público contra decisão do Juízo da Vara Criminal da comarca de Joaçaba que indeferiu a oitiva de testemunha arrolada na denúncia. O reclamante alega, às fls. 2-6, que o mencionado indeferimento importou em error in procedendo na medida em que cerceou o direito à acusação e, além disso, prequestiona os artigos 5.º, inc. LV, 127 e 129, incs. I e IX, todos da Constituição Federal. Requer, ao final, a suspensão dos efeitos do despacho hostilizado e a nulidade desse provimento

jurisdicional, com a conseqüente retomada da regularidade da instrução criminal. Foram juntados documentos às fls. 7-11. É o breve relato dos autos. Entendo, porém, que é caso para o indeferimento in limine da petição inicial, como permite o § 1.º do art. 243 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça deste Estado - RITJSC. É que entendo que o ato impugnado não contém erro ou abuso que importe na inversão da ordem legal do processo. Ora, o magistrado reclamado não inverteu a ordem processual. Ele apenas exerceu, e o fez fundamentadamente, uma faculdade que lhe é dada pelo § 1.º do art. 400 do Código de Processo Penal - CPP, incluído pela Lei n. 11.719/2008, que reza: As provas serão produzidas numa só audiência, podendo o juiz indeferir as consideradas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias. No presente caso, resta evidente que não é cabível reclamação, pois o magistrado reclamado fundamentou, muito bem, aliás, a decisão de indeferir a oitiva de uma testemunha de acusação. Da decisão que, segundo o reclamante, teria importado em error in procedendo consta que a oitiva da mencionada testemunha importa em "redundância de informações de policiais militares" (fl. 11), ou seja, a oitiva de mais de um policial militar, sobretudo quando participaram da mesma ocorrência, em oportunidade única, como é o caso, é desnecessária na medida em que um seria meramente confirmatório do outro. Dessa forma, devidamente fundamentado o indeferimento e, mais que isso, calçado em dispositivo legal expressamente previsto no Código de Processo Penal, não se vislumbra erro ou abuso capaz de inverter ou tumultuar a ordem processual. De outra parte, é bom frisar, o reclamante não logrou êxito em demonstrar o prejuízo que supostamente sofreu a acusação com o indeferimento da oitiva referida. Dos julgados deste e. Tribunal, colhe-se: RECLAMAÇÃO (RITJSC, ART. 243) - DECISUM QUE REVOGOU O DESPACHO QUE DETERMINOU A EXPEDIÇÃO DE CARTA ROGATÓRIA E INDEFERIU INQUIRIÇÃO DE TESTEMUNHA RESIDENTE NO EXTERIOR - INEXISTÊNCIA DE ATO QUE CONTENHA ERRO OU ABUSO E QUE IMPORTE INVERSÃO DA ORDEM LEGAL DO PROCESSO, AO CONTRÁRIO - NÃO CONHECIMENTO (Reclamação n. 2007.000828-9, de São Miguel do Oeste, rel. Irineu João da Silva, j. em 29/5/2007). Pelo que se denota da própria petição inicial, a testemunha que

o reclamante insiste na oitiva é policial militar que participou, juntamente com outro ou outros, de ocorrência que gerou um processo criminal e, na medida em que um colega seu será ouvido pelo magistrado, realmente desnecessária a ouvida da primeira, já que o seu depoimento, repita-se, serviria apenas para confirmar o do colega, nada mais. Não há nisso cerceamento de acusação nem prejuízo algum. Não é demais ressaltar, ad argumentandum tantum, que o órgão ministerial ainda terá, na audiência de instrução e julgamento, a oportunidade de requerer diligências, entre as quais se inclui a oitiva da dita testemunha, na qualidade de referida, a critério do magistrado. Por fim, o ato reclamado não ofende, a meu sentir, os princípios da ampla defesa e do contraditório, garantidos pelo inc. LV do art. 5.º da Constituição Federal - CF, pois o juízo não vedou a produção total de provas, apenas restringiu essa produção àquelas provas realmente necessárias e relevantes ao processo, mesmo que as partes não comunguem da mesma orientação. Também não há, penso eu, ofensa à instituição do Ministério Público nem às suas funções institucionais (art. 127 e 128, incs. I e IX, da CF), pois o magistrado apenas exerceu uma faculdade que lhe é dada pela lei. Assim, com base no § 1.º do art. 243 do RITJSC, indefiro liminarmente a reclamação, por entender que não é caso de erro ou abuso que importe na inversão da ordem legal do processo. Intimem-se e oficie-se ao reclamado. Florianópolis, 13 de abril de 2009. Alexandre d'Ivanenko. RELATOR

E em decisões colegiadas que mantiveram o cabimento da limitação de testemunhas de acusação houve o julgamento da Reclamação n. 2009.051937-9, rel. Des. Irineu João da Silva, em 20-10-2009, que invocou como razão de decidir as próprias informações prestadas; da Reclamação n. 2009.052530-3, rel. Des. Subst. Saul Steil, em 10-11-2009; e, por fim, da Reclamação n. 2009.051939-3, rela. Desa. Marli Mosimann Vargas, em 10-11-2009, que também desprezou o recurso do Ministério Público. Em sentido contrário, devemos mencionar a procedência da Reclamação n. 2009.051938-6, rel. Des. Subst. Tulio Pinheiro, na qual, porém, foi vencido o Des. Irineu João da Silva.

Infelizmente, testemunhas que faltam com a verdade são realidade que o senso comum não nega, nem os próprios magistrados, embora não conheça, a rigor, nenhuma pesquisa de campo a respeito. É que os magistrados, com sua experiência, acreditam saber valorar e desprestigiar o depoimento de tais tipos de testemunhas ditas suspeitas, pelo que as desconsideram e assim inutilizam a importância delas na avaliação das provas.

3 CONCLUSÕES

As audiências são os atos mais complexos de qualquer processo, nas quais participam procuradores e as partes, reunidas perante o juiz. Nelas a figura das autoridades judiciárias e ministeriais fica exposta ao contato com o público, até mesmo à interpelação direta do contribuinte, que adentra o recinto do fórum e pode assim perceber os problemas judiciais que são enfrentados por cada realidade específica, dando oportunidade às críticas.

É solenidade que deve ser tratada com muita cautela pelo juiz, à luz das necessidades de cada caso concreto, pelo que não deve ser vulgarizada sua designação e ocorrência. Audiências só devem ser agendadas quando úteis, seja mesmo para a tentativa de conciliação, bem como não antes de um saneamento prévio das decisões pendentes, especialmente quanto à matéria probatória, que, em suma, é para que servem as audiências. Tal precaução, acredita-se, por si só é um incentivo à conciliação, porquanto indica com maior clareza o risco da sucumbência que ameaça uma das partes.

Portanto, deve o juiz dedicar sua atenção a esse importante agente de não conformidade, o qual lhe ocupa considerável parcela de tempo e pode ainda redundar em mais demora no processamento, caso não realizado para efetivamente impulsionar um processo. Numa mesma audiência, o

juiz poderá decidir questões e encerrar a instrução probatória, e até mesmo prolatar sentença final.

Limitar testemunhas quando elas forem excessivas, impertinentes ou mesmo meramente protelatórias logo após as arrolar é uma das ferramentas que a lei processual possibilita inclusive no âmbito penal, atualmente (art. 400, § 1º, do CPP, e art. 81, § 1º, da LJE). Para tanto, é necessário exercitar um saneamento difuso durante todo o andamento do processo e fundamentar as decisões acerca do porquê de uma pessoa não precisar ou não dever ser inquirida.

Nesse exercício, no âmbito criminal inevitável será a comparação da pretensão da acusação, baseada na prova colhida na fase investigativa, com objeto do debate no contraditório judicial, elegendo somente como úteis parte daquilo que se constitui a totalidade do inquérito, mormente os testemunhos principais, havidos na investigação. Portanto, podem ser dispensados da acusação, por exemplo, policiais que não presenciaram o fato nem os acontecimentos principais, porquanto não tendentes a esclarecê-los, senão a reafirmar depoimentos já prestados nas delegacias.

Frise-se que a interpretação integrativa dos arts. 155 e 400, § 1º, do CPP é um esforço de uma postura garantista, na verdade, que, ao prestigiar a atividade policial, tenta impor nas delegacias, desde a notícia do fato delituoso a ser investigado, a ampla defesa e o contraditório. Ora, deve-se impor, justamente para racionalizar o uso posterior da máquina judiciária, a praxe judicial atualmente reinante já no inquérito policial, considerando-o já processo penal em andamento, isso na forma de uma atividade defensiva por advogados plena e garantida. Ela se daria, por exemplo, na postulação ao delegado de polícia das diligências e dos atos necessários ao interesse do investigado (*e.g.* acareações) e na obrigatoriedade de acompanhamento por advogado, com intimações, inclusive com previsão de nulidades. Não se

olvide que o inquérito policial, no CPP, está no Livro I, Do Processo em Geral, o que indica o cabimento dessa política desde seu advento.

De qualquer forma, com uma postura da valorização do inquérito policial para fins de valoração como prova, o qual prescinde de total –repetição–, viabiliza-se a limitação de testemunhas de acusação, o que por seu turno faz economizar atos cartorários e diligenciais ganhando-se tempo na pauta de audiências, menos demoradas em face da diminuição do número de testemunhas a serem ouvidas, com o que um dia passa a comportar mais audiências. Ou então ganha-se tempo no intervalo existente, o que possibilita uma prestação jurisdicional mais rigorosa e pronta. Tudo isso evita novas conclusões de autos em gabinete para solução de questões processuais pendentes e os próprios requerimentos em audiência, e há a possibilidade da prolação de sentença durante sua realização.

4 REFERÊNCIAS

BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria de Reforma do Poder Judiciário. *Diagnóstico do poder judiciário*, Brasília, 2004.

_____. *Análise da gestão e funcionamento dos cartórios judiciais*. Brasília, 2007.

HARADA, Kiyoshi. Orçamento anual. Contradições. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 682, 18 maio 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6741>>. Acesso em: 15 dez. 2008.

_____. Orçamento anual da União. Para onde vai o dinheiro dos tributos. Análise da Lei nº 11.100/2005. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 597, 25 fev. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6374>>. Acesso em: 15 dez. 2008.

LOUREIRO FILHO, Lair da Silva. *Responsabilidade pública por atividade judiciária*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

NÓBREGA JÚNIOR, José Maria Pereira. As mudanças da criminalidade violenta no Brasil e suas relações com as instituições coercitivas. *Blog do Magno*, Recife, 20 dez. 2007. Disponível em: <http://www.blogdomagno.com.br/templates/blogdomagno/index.php?cod_pagina=25798>. Acesso em: 9 maio 2008.

O CADASTRO ÚNICO INFORMATIZADO DE ADOÇÃO E ABRIGO (CUIDA) COMO REFERÊNCIA NACIONAL: BUSCA DA QUALIDADE E EFICIÊNCIA NA GESTÃO JUDICIÁRIA*

Iolmar Alves Baltazar**

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 A busca da qualidade e eficiência no âmbito do Judiciário. 3 O instituto jurídico da adoção. 3.1 Natureza jurídica. 3.2 Evolução legislativa no Brasil. 3.3 Família como pressuposto para a adoção. 3.4 Adoção e dignidade da pessoa humana. 4 O artigo 50 do Estatuto da Criança e do Adolescente e a necessidade de um cadastro eficiente. 5 O Cadastro Único Informatizado de Adoção e Abrigo (Cuida). 6 O Cadastro Nacional de Adoção (CNA). 7 Considerações finais. 8 Referências.

RESUMO

O Conselho Nacional de Justiça, partindo de uma experiência catarinense, implantou, em 29 de abril de 2008, o Cadastro Nacional de Adoção, instrumento centralizador de informações referentes a crianças e adolescentes em condições de ser colocados em família substituta por meio de adoção, e a pessoas que preenchem os requisitos para recebê-los em seus lares, atendendo, assim, aos anseios de eficiência e de qualidade de quem aguarda a realização do direito fundamental à convivência familiar. Já há notícias da redução do tempo dos processos de habilitação e do aumento do número de adoções em âmbito nacional.

* Artigo elaborado em 2008 para avaliação final no Curso de Especialização em Direito e Gestão Judiciária para Magistrados, realizado pela Academia Judicial e Universidade Federal de Santa Catarina, orientador Professor Doutor Luís Moretto Neto.

** Juiz Substituto no Estado de Santa Catarina.

Palavras-chave: Eficiência. Qualidade. Judiciário. Gestão. Adoção.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo, em caráter exploratório, sob o mote da busca da eficiência e da qualidade no âmbito judiciário, aborda a utilização do Cadastro Único Informatizado de Adoção e Abrigo (Cuida), instituído pela Corregedoria-Geral da Justiça do Estado de Santa Catarina, como referência para a criação do Cadastro Nacional de Adoção (CNA), lançado em 29 de abril de 2008 pelo presidente do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), Ministro Gilmar Mendes.

Criado para possibilitar a uniformização das informações relativas à adoção no Brasil e a formação de um amplo diagnóstico, o Cadastro Nacional de Adoção armazenará e fornecerá dados exatos sobre o número de crianças e adolescentes que estão sob a tutela do Estado para adoção, a quantidade e localização de pretendentes habilitados em todas as regiões, os perfis completos e pormenorizados de adotandos e adotantes e, também, os abrigos. Além disso, permitirá o cruzamento de dados, o que evitará que um pretendente tenha de fazer inscrição em mais de uma comarca, de sorte que facilitará sobremaneira os processos de adoção, uma vez que as informações, antes regionalizadas, estarão disponíveis para todos os Juízes das Varas da Infância e Juventude, responsáveis, por meio de senhas específicas, pela alimentação do sistema.

O objetivo é mostrar que o Cadastro Nacional de Adoção constitui importante ferramenta na gestão do Poder Judiciário e procura atender aos anseios de eficiência na prestação dos serviços no âmbito societário, aproximando adotantes e adotandos e reduzindo o tempo de espera de ambos.

Para o enfrentamento do tema, sob o viés da eficiência e qualidade que se espera na prestação de um serviço público, serão analisados neste

trabalho o instituto jurídico da Adoção, o Cadastro Único Informatizado de Adoção e Abrigo (Cuida), instituído em 20 de outubro de 2005 pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina, nos termos do Provimento n. 13/2005, da Corregedoria-Geral da Justiça, e o Cadastro Nacional de Adoção (CNA), ideia encampada pelo Conselho Nacional de Justiça, por meio da Resolução n. 54/2008, que partiu da experiência catarinense.

2 A BUSCA DA QUALIDADE E EFICIÊNCIA NO ÂMBITO DO JUDICIÁRIO

De acordo com a nova redação dada ao artigo 37 da Constituição Federal de 1988 pela Emenda Constitucional n. 19, de 4 de junho de 1998, a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá ao princípio da eficiência.

O princípio da eficiência administrativa deve ser interpretado de forma a abalizar a melhor utilização dos *inputs* administrativos (recursos, meios e esforços), bem como dos *outputs* (resultados). Assim, é evidente que o objetivo da eficiência perpassa pela busca da qualidade dos serviços.

Para Di Pietro (1999), o princípio da eficiência apresenta dois aspectos: tanto pode ser considerado em relação à forma de atuação do agente público, do qual se espera o melhor desempenho possível, como em relação ao modo racional de organizar, estruturar e disciplinar a Administração Pública, ambos com o intuito de aprimorar a prestação do serviço público.

Rigorosamente, o princípio da eficiência corresponde ao dever de boa administração e é um importante instrumento (numa perspectiva de princípio instrumental) da função administrativa, a qual não mais se contenta em ser desempenhada exclusivamente com base na legalidade, porquanto cada vez mais está-se a exigir resultados positivos para o serviço

público em geral e para o atendimento das necessidades dos administrados (cidadãos).

A Qualidade, prática de gestão bastante popular nos países ocidentais nas décadas de 1980 e 1990, notadamente a partir da elaboração dos seus conceitos fundamentais por autores norte-americanos, como Deming, Juran e Feigenbaum, não é tema exclusivo da iniciativa privada. Também é uma preocupação da Administração Pública, conforme pode ser conferido no Decreto n. 3.504, de 13 de junho de 2000.

A propósito, no ano 2000, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina aderiu formalmente ao Programa de Qualidade no Serviço Público do Governo Federal. Tal programa objetiva a transformação da gestão pública pela aplicação de métodos gerenciais que mudem o foco dos processos burocráticos internos para os cidadãos e usuários dos serviços do Judiciário. Fundamenta-se no conceito de que Qualidade é o encontro do Estado e do setor produtivo – que cumprem com eficiência suas missões – com a sociedade organizada, que também se sente responsável pelo desenvolvimento do País. Baseia-se nos seguintes critérios de excelência: a) liderança; b) estratégia e planos; c) clientes; d) informação; e) pessoas; f) processos; e g) resultados.

A implementação do Programa de Qualidade no Tribunal de Justiça de Santa Catarina ainda está em andamento e foi precedida por uma sensibilização da alta direção e dos funcionários, mediante palestras específicas. Em 1º de dezembro de 2004, foi criado, nos termos da Resolução n. 31/04-GP, o Comitê responsável pela manutenção e desenvolvimento do Programa de Qualidade no Poder Judiciário.

Além disso, deve ser destacado o Projeto 5S no âmbito do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, resultado de uma oportunidade de melhoria detectada na primeira autoavaliação de gestão, ocorrida em 2001.

Como filosofia de gestão, a Qualidade vai ao encontro da missão do Poder Judiciário de Santa Catarina, qual seja, a humanização da Justiça, assegurando que todos a ela tenham acesso e garantindo a efetivação dos direitos e da cidadania, com eficiência na prestação jurisdicional.

Na verdade, no período em que vivemos, diante do assoberbamento dos órgãos jurisdicionais, a preocupação com a gestão judiciária tem sido tema de pauta de todos os tribunais brasileiros. E nem poderia ser diferente, porquanto, à luz dos conhecimentos administrativos, uma das formas para superar a má qualidade do serviço público (com vistas à eficiência administrativa) é melhorar a gestão do setor público, incluindo, entre outras, metas nacionais de desempenho, simplificação dos processos e redução da burocracia.

Portanto, considerando que a padronização (*seiketsu*) e a redução da burocracia estão diretamente imbricadas com a esperada eficiência na prestação dos serviços, tem-se que o Cadastro Nacional de Adoção (assim como o Cuida – no âmbito catarinense) compõe importante ferramenta de gestão judiciária para a efetivação da própria cidadania.

3 O INSTITUTO JURÍDICO DA ADOÇÃO

A adoção, no dizer de Pereira (1975, p. 244), vem a ser “o ato jurídico pelo qual uma pessoa recebe outra como filho, independentemente de existir entre elas qualquer relação de parentesco consanguíneo ou afinidade”.

O instituto jurídico em questão encontra fundamento nos princípios constitucionais do direito à convivência familiar (Constituição Federal de 1988, artigo 227) e da dignidade da pessoa humana (Constituição Federal de 1988, artigo 1º, inciso III).

Nos termos do artigo 227, § 6º, da Constituição Federal de 1988, “os filhos, havidos ou não da relação *do* casamento, ou por adoção, terão

os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”. Em conformidade com o artigo 41 do Estatuto da Criança e do Adolescente, “a adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais”. De acordo com o artigo 1.626 do Código Civil de 2002, “a adoção atribui a situação de filho ao adotado, desligando-o de qualquer vínculo com os pais e parentes consanguíneos, salvo quanto aos impedimentos para o casamento”.

O professor Rizzardo (1994, p. 829), com enfoque bastante apropriado, assim elucida:

Concebe-se atualmente a definição mais no sentido natural, isto é, dirigido a conseguir um lar a crianças necessitadas e abandonadas em face de circunstâncias várias, como a orfandade, a extrema pobreza, o desinteresse dos pais, e toda sorte de desajustes sociais que desencadeiam o desmantelamento da família. Objetiva o instituto outorgar a crianças e adolescentes desprovidos de famílias um ambiente de convivência comunitária, sob a direção de pessoas capazes de satisfazer ou atender os reclamos materiais, afetivos e sociais que um ser humano necessita para se desenvolver dentro da normalidade comum [...] Na verdade, está ínsito na índole humana ou nasce com a própria natureza do homem a tendência de se perpetuar através dos filhos, o que representa um modo de afastar aparentemente a idéia da própria finitude no tempo. Nesta idéia inata de todas as pessoas, a incapacidade ou impossibilidade de gerar é substituída, pelo menos em parte, através da adoção, que reflete uma norma de realização do próprio indivíduo. Com vistas a esta tendência do gênero humano, tem-se a origem ôntica do impulso da adoção, o qual nasce como fenômeno do instinto.

Logo, sem espaço para retratação, o ato de adoção reverte-se em benefício do adotando, uma vez que lhe cria direitos e obrigações de filho natural e desliga-o dos vínculos com a família biológica (ressalvados os impedimentos matrimoniais). Deve ser ressaltado, ainda, para melhor

compreensão do tema, conforme se verá a seguir, o interesse público que permeia o instituto jurídico da adoção.

3.1 Natureza jurídica

Sem embargo da divergência existente na doutrina acerca da natureza jurídica da adoção, se negócio jurídico, unilateral ou bilateral (de acordo com a teoria contratualista), nos moldes estabelecidos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, não se apresenta suficiente a simples exigência legal da bilateralidade na manifestação de vontade.

A razão está em que a participação do Estado é tão presente que o instituto, a rigor, escapa da ordem privatista para ser considerado dentro da ordem pública. Na Argentina, Bossert (1967, p. 238) menciona que “la adopción es una institución jurídica solemne y de orden público”.

Sobre a natureza jurídica da adoção, Venosa (2003, p. 320) afirma que “na adoção estatutária há ato jurídico com marcante interesse público que afasta a noção contratual. Ademais, a ação de adoção é ação de estado, de caráter constitutivo, conferindo a posição de filho ao adotado”.

Assim definida a natureza jurídica do instituto da adoção, resta analisar a sua evolução legislativa no Brasil.

3.2 Evolução legislativa no Brasil

Em 1927, com a criação do primeiro Código de Menores, tentou-se regular a situação dos menores abandonados. Porém, nada se falou, especificamente, sobre a adoção. Após, no ano de 1965, por forte influência do que ocorria na França, criou-se incipiente legislação adotiva, destinada a menores abandonados, e com limitação sucessória.

Posteriormente, com a formulação do segundo Código de Menores (Lei n. 6.697, de 10 de outubro de 1979), criaram-se os Juizados de

Menores. Assim, por exemplo, um estrangeiro tanto poderia recorrer ao instituto da adoção regulado no Código Civil de 1916, caso a criança não se encontrasse em estado irregular, como, por intermédio do Juizado de Menores, requerer uma adoção simples, na hipótese de o adotando encontrar-se em situação irregular.

Em 1990, com a criação do Estatuto da Criança e do Adolescente, a situação foi alterada. A doutrina (SILVA et al., 2002, p. 11) bem retrata a mudança de paradigma, nestes termos:

Ao romper definitivamente com a doutrina da situação irregular, até então admitida pelo Código de Menores (Lei 6.697, de 10.10.79), e estabelecer como diretriz básica e única no atendimento de crianças e adolescentes a doutrina de proteção integral, o legislador pátrio agiu de forma coerente com o texto constitucional de 1988 e documentos internacionais aprovados com amplo consenso da comunidade das nações.

De acordo com Saraiva (2002, p. 13):

O advento do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069, de 13 de julho de 1990) representa um marco divisório extraordinário no trato da questão da infância e juventude no Brasil. Na esteira do Texto Constitucional (art. 227, que se antecipou à Convenção das Nações Unidas, introduzindo no Brasil a doutrina da Proteção Integral), o ECA trouxe uma completa transformação ao tratamento legal da matéria. Em todos os aspectos, com a adoção da Doutrina da Proteção Integral, em detrimento dos vetustos primados da arcaica Doutrina da Situação Irregular, que presidia o antigo sistema, operou-se uma mudança de referenciais e de paradigmas na ação da Política Nacional, com reflexos diretos em todas as áreas.

Assim, em vez de menores em situação irregular, passou-se a ter crianças e adolescentes com proteção integral, considerados como sujeitos de direitos, e não mais simplesmente como objetos da norma.

3.3 Família como pressuposto para a adoção

Com a Doutrina da Proteção Integral, portanto, houve uma inversão de valores no trato da adoção, uma vez que não se observam mais os interesses dos pretensos pais adotantes. A matéria, como se viu, é de ordem pública, de tal forma que interesses privados cedem ante a salvaguarda dos direitos e garantias fundamentais das crianças e adolescentes.

Nos termos do artigo 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente, “toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta”.

Como corolário da adoção, então, figura a família, base da sociedade, direito de todos. Família é uma instituição milenar que varou a barreira dos séculos e, atualmente, existe em todas as localidades. Alguns estudiosos a consideram como a instituição social humana mais antiga e asseguram sua estabilidade enquanto houver a espécie humana. Conforme salienta Fardin (1995, p. 18):

A família ideal é aquela formada por pessoas que se amam mutuamente, que se preocupam umas com as outras para que todas se sintam bem, não importando o número destas pessoas [...] A família é o esteio da sociedade. É o amparo dos jovens, dos velhos, dos que se amam. Família é preocupar-se com os filhos, com os pais, com os irmãos. Família é querer estar junto de quem se quer bem. É querer conviver com eles. É querer compartilhar o teto, sem se importar se há laços de consanguinidade ou afinidade. Família é vida, pois sem ela não viveríamos. Família é afeição, é amor.

Em vista disso, considerando-se a família como a base da sociedade, alçada a direito juridicamente tutelado na Constituição Federal de 1988 (artigo 226), prevista na Declaração Universal dos Direitos do Homem (artigo 16, item 3), e que se deve, em primeiríssimo lugar, assegurar os direitos e garantias das crianças e adolescentes, como se vê no Estatuto da Criança e do Adolescente (artigo 19), o processo adotivo tem por finali-

dade colocar alguém no seio de uma família. Quer isso dizer doar amor, assistência moral e material, resgatar dignidade. Busca-se arredar de vez a situação de abandono e risco a que estava submetido o adotando e fazê-lo recrescer.

Assim, não sendo possível a manutenção do vínculo familiar, a colocação em família substituta, enquanto medida de caráter excepcional, exige que sejam observados os interesses das crianças e adolescentes, e não os desejos dos pretensos pais.

Pelo Direito Comparado, observa-se, à guisa de exemplo, que as legislações da Itália (Lei n. 184/83, artigo 1º), da Alemanha (Código Civil, parágrafo 1.741) e da Colômbia (Decreto n. 2.737, artigo 100) dão ênfase à família, escopo principal do processo adotivo.

No plano do Direito Internacional, confira-se a Convenção de Haia realizada em 1993, que traz no bojo da Exposição de Motivos, como objetivo a ser atingido, o reconhecimento de que, “para o desenvolvimento harmonioso de sua personalidade, a criança deve crescer em meio familiar, em clima de felicidade, de amor e de compreensão”.

Desde 1948, a propósito, está expresso na Declaração Universal dos Direitos do Homem que “a família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado”.

Partindo dessas considerações, pode-se entrever o verdadeiro espírito da legislação quando dispõe sobre adoção de crianças e adolescentes, qual seja, o de doação de uma família, o de substituição do núcleo referencial, o de afirmação do polo educativo e da fonte afetiva.

3.4 Adoção e dignidade da pessoa humana

Para aqueles que se habilitam ao processo adotivo, é preciso que se diga, por mais rigoroso que possa parecer, que filho não preenche vazio,

solidão. A adoção deve ser levada a efeito em face da função humanitária e social que exerce. Não se faz adoção por obra de caridade, nem por compaixão da criança ou do adolescente. A adoção não é consolo a quem teve filho ou parente falecido. O ato adotivo requer amor, entrega total daqueles que se propõem a criar um vínculo afetivo no seio de uma entidade familiar.

Cabe salientar, para os fins propostos, a amplitude do conceito de entidade familiar, que é tida como a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, nos termos do artigo 226, § 4º, da Constituição Federal de 1988, e do artigo 25 do Estatuto da Criança e do Adolescente, e abrange, ainda, o casamento e a união estável, todos merecedores de proteção do Estado, indistintamente.

Bem entendidas as coisas, deve ser buscada uma família para uma criança ou adolescente. Não é o inverso que se faz. A criança ou adolescente, mormente a partir da Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990, é sujeito de direitos, e não mero objeto do processo adotivo. Impõe-se, destarte, que se observe a dignidade da pessoa humana.

Sarlet (2001, p. 99 e 103) deixa claro que

o ser humano é dotado de um valor próprio e que lhe é intrínseco, não podendo ser transformado em mero objeto ou instrumento[...] Vale citar a fórmula desenvolvida na Alemanha por G. Dürig, para quem a dignidade da pessoa humana poderia ser considerada atingida sempre que a pessoa concreta (o indivíduo) fosse rebaixada a objeto, a mero instrumento, tratada como uma coisa, em outras palavras, na descaracterização da pessoa humana como sujeito de direitos.

Assim, tendo em mira a nova ordem inaugurada pela Constituição Federal de 1988 e refletida no Estatuto da Criança e do Adolescente, mostra-se injurídico buscar exclusivamente a satisfação dos pretensos pais, quando, de forma muito distinta, devem ser precisamente observados os interesses das crianças e adolescentes.

Sem essa premente inversão de valores não há evitar que sejam adotadas somente as crianças que possuam a idade máxima de 3 anos, que pertençam à raça branca e que não apresentem problemas de saúde, deixando à margem do convívio familiar as crianças e adolescentes que estejam fora do citado perfil e que se encontram abrigadas pelo Estado, verdadeiramente institucionalizadas.

Lembrando a advertência de Calloud e Calloud (1997, p. 246), “a adoção não é uma garantia de felicidade, nem um risco de infelicidade. Ela é uma das formas de abordar a criação de um grupo familiar, no seio do qual ocorrerão os mesmos problemas enfrentados por todos os pais e todos os filhos”. Com isso, busca-se dizer que os pretendentes à adoção devem estar preparados para enfrentar os mesmos problemas que podem ocorrer com todos os filhos, indistintamente, biológicos ou não.

Porém, ainda hoje, infelizmente, convivemos com a rançosa prática de escolher pessoas como se fossem mercadorias, selecionando idade, cor dos olhos, cabelos etc. E a dignidade da pessoa humana? Ora, mantendo-se essa prática de seleção, impedir-se-ão de recrescer crianças com mais de 3 anos, sem falar nas crianças ou adolescentes portadores de alguma deficiência física ou mental.

Conforme observou o Desembargador José Volpato de Souza, nos autos do Agravo de Instrumento n. 2003.005385-9 (SANTA CATARINA, 2003), “é sabido que a adoção é uma medida de proteção aos direitos da criança e do adolescente, pois tem como preceito fundamental encontrar um ambiente adequado para a criança”.

Calha, portanto, essa mudança cultural. O que se espera dos pretensos pais não é simplesmente uma adoção, enquanto ato formal, mas, sim, doação de amor em ambiente familiar adequado, o que deverá ser aferido desde o momento inicial do processo, na fase de habilitação, mediante a utilização de um instrumento de cadastramento que seja eficiente.

4 O ARTIGO 50 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E A NECESSIDADE DE UM CADASTRO EFICIENTE

Segundo dados da Comissão Estadual Judiciária de Adoção – Ceja, no Estado de Santa Catarina há aproximadamente 1.000 infantes abrigados, e, portanto, em situação de risco, pois o tempo prolongado de afastamento do convívio familiar pode acarretar abandono, uma vez que a colocação em família substituta, na modalidade adoção, ordinariamente, é difícil a partir dos 7 anos e inviável aos 12 anos, mesmo quando é internacional.

Os dados do Estado de Santa Catarina, portanto, apontam expressivo número de infantes esperando ser adotados.

Ocorre que a legislação de regência (artigo 50 do Estatuto da Criança e do Adolescente) somente prevê a manutenção individualizada, pelas autoridades judiciárias, em cada comarca, de um registro de crianças e adolescentes em condições de ser adotados e outro de pessoas interessadas na adoção.

A legislação, bem examinadas as coisas, é silente acerca da criação de um cadastro regionalizado ou mesmo nacional.

Todos os dados relacionados às crianças e adolescentes passíveis de adoção estavam isolados nas comarcas do Estado, e o Judiciário não possuía um diagnóstico do quadro, o que gerava enorme carga de trabalho nas unidades jurisdicionais e impedia a agilidade e efetividade esperadas.

Constitui erro comum na gerência de processos, administrativamente falando, a falta de ferramentas eficazes, por melhores que sejam as ideias. Ocorre que, mesmo eficiente e inovador, o procedimento não surtirá efeito se faltarem ferramentas adequadas à execução, como, por exemplo, normas processuais eficazes para a realização do direito material. Era justamente isso o que acontecia com a interpretação passiva ou meramente contem-

plativa do artigo 50 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que ora se transcreve: “A autoridade judiciária manterá, em cada comarca ou foro regional, um registro de crianças e adolescentes em condições de serem adotados e outro de pessoas interessadas na adoção”.

Os elevados propósitos da adoção recomendavam a existência de um cadastro único, e foi pensando nisso que a Corregedoria-Geral da Justiça idealizou e forjou um cadastro estadual informatizado de adoção e abrigo em Santa Catarina (o Cuida), em atenção à busca pela eficiência e qualidade na prestação do relevante serviço jurisdicional ligado à adoção. O Cuida, verdadeira ferramenta de apoio, é um sistema de informações acerca de pretendentes à adoção inscritos e habilitados em Santa Catarina, de entidades de abrigo e de crianças e adolescentes abrigados ou em condições de colocação em família substituta. Tem por objetivo agilizar os procedimentos relativos ao encaminhamento de crianças e adolescentes para adoção e racionalizar a sistemática de inscrição de pretendentes, para evitar a multiplicidade de pedidos.

Enquanto instrumento para a eficiência e efetividade do Poder Judiciário, a Qualidade está associada a melhorias contínuas ou, em japonês, *kaizen*, conforme refere Tovoli Júnior (1994, p. 10). Além disso, constitui estratégia do Tribunal de Justiça de Santa Catarina a otimização dos serviços judiciários, a racionalização das atividades, com o aumento da produtividade, e a promoção de inovações tecnológicas.

Logo, o surgimento do Cuida (Cadastro Único Informatizado de Adoção e Abrigo), instrumento precioso e eficiente de gestão judiciária para os jurisdicionados no Estado de Santa Catarina, constitui inegável avanço tecnológico que vai ao encontro da missão e estratégia do Poder Judiciário catarinense, tanto que foi reconhecido e utilizado como referência pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) para a criação do Cadastro Nacional de Adoção (CNA).

5 O CADASTRO ÚNICO INFORMATIZADO DE ADOÇÃO E ABRIGO (CUIDA)

Realmente, os elevados propósitos da adoção, verdadeiro ato humanitário, exigiam um cadastro único, porque ela era grandemente dificultada pelas inscrições dos interessados em diversas comarcas do Estado, o que gerava enorme carga de trabalho nas unidades jurisdicionais e impossibilitava a agilidade e efetividade esperadas.

Nessa óptica, como se viu no item anterior, surgiu o Cuida (Cadastro Único Informatizado de Adoção e Abrigo), que relaciona pretendentes à adoção inscritos e habilitados em Santa Catarina, instituído pelo Provimento n. 13/2005, da Corregedoria-Geral da Justiça de Santa Catarina, cuja manutenção e operacionalização é de responsabilidade dos Juízes da Infância e Juventude e de Assistentes Sociais, e, na falta destes, de pessoa designada pelo magistrado.

O gerenciamento do cadastro recebe o auxílio da Ceja – Comissão Estadual Judiciária de Adoção, a qual, nos termos do provimento, tem ainda a incumbência específica de inserir e manter atualizados os dados referentes aos pretendentes estrangeiros.

A implantação do Cuida trouxe mudanças significativas ao procedimento de adoção. Com ele, a inscrição à adoção passou a ser feita unicamente na comarca em que residem os pretendentes, os quais, em havendo sido deferida a habilitação, tornam-se integrantes do cadastro estadual e aptos à adoção em todas as comarcas de Santa Catarina. Os residentes em outros Estados devem proceder à inscrição apenas na Capital, onde se criou uma Central de Adoções.

Ainda segundo o provimento que criou o referido cadastro, tem-se que:

Art. 5º Constatada a possibilidade de adoção, o juiz fará a consulta ao cadastro para a busca do(s) pretendente(s), observada a ordem de habilitação e atendida a seguinte preferência:

I – pretendente(s) residente(s) na comarca;

II – pretendente(s) residente(s) no Estado;

III – pretendente(s) residente(s) em outros Estados da Federação.

Da mesma forma, o provimento prevê hipótese em que a ordem preconizada pelo cadastro seja desconsiderada, a bem do interesse da criança ou adolescente: “Parágrafo único. Somente diante do melhor interesse e de reais vantagens para a criança e o adolescente, em decisão fundamentada, poderá o juiz prescindir a ordem de antiguidade do cadastro”.

A despeito da importância do cadastro, claro está que ele não pode ser visto como algo hermético, pois sempre deverão ser buscadas as reais vantagens para a criança ou adolescente. Nesse sentido, transcreve-se jurisprudência do Tribunal de Justiça de Santa Catarina inserta nos autos da Apelação Cível n. 2006.037697-6, Segunda Câmara de Direito Civil, relator Desembargador Mazoni Ferreira (SANTA CATARINA, 2007):

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE ADOÇÃO – AUTORES NÃO INCLUÍDOS NO CADASTRO DE ADOÇÃO DA COMARCA – FORMALISMO LEGAL QUE NÃO PODE SOBREPUIJAR AOS INTERESSES DO MENOR – LAÇOS FAMILIARES ESTABELECIDOS COM OS PRETENSO ADOTANTES – SUPREMACIA DOS INTERESSES E BEM-ESTAR DO INFANTE – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO. Embora a inscrição no cadastro de interessados à adoção seja uma exigência legal, a sua ausência não pode ser óbice ao deferimento da adoção, uma vez que o formalismo legal não pode se sobrepor aos interesses do infante, ainda mais quando este já tenha consolidado laços de afeto com os adotantes e todas as demais situações lhe são plenamente favoráveis.

A seguir, a norma em questão disciplina:

Artigo 6º. Definido(s) o(s) pretendente(s), o juiz o(s) comunicará para início dos procedimentos judiciais de adoção.

§ 1º. Caso seja(m) o(s) pretendente(s) residente(s) de outra comarca do Estado, o juiz solicitará o processo de habilitação à comarca de residência deste(s).

§ 2º. Caso seja(m) o(s) pretendente(s) residente(s) de outro Estado da Federação, o juiz solicitará à central de adoção o processo de habilitação deste(s).

§ 3º. Em caso de não efetivação da adoção, o processo de habilitação deverá ser devolvido à origem.

Artigo 7º. Esgotadas as possibilidades de adoção nacional, o juiz manterá contato com a CEJA, visando ao encaminhamento para adoção internacional.

A utilização do modelo, então, a par de evitar disparidades em procedimentos de adoção, inclusive de tempos de espera diferenciados entre as comarcas, e aproximar adotantes de adotados, privilegia, justamente em razão da agilização advinda da padronização de procedimentos e da aproximação daquele que pode e quer adotar com aquele que pode ser adotado, a adoção por intermédio do necessário procedimento judicial, com prévia análise da aptidão dos adotantes para o acolhimento do adotado, com a regularidade e o necessário aval jurisdicional.

Assim, e quando se fala em redução do tempo de espera para aqueles que aguardam por uma adoção, está sendo primada uma prestação jurisdicional efetiva e de qualidade. Em primeiro lugar, porque na adoção tem-se uma verdadeira corrida contra o tempo, máxime, conforme já mencionado, por existirem no Estado de Santa Catarina aproximadamente 1.000 crianças e adolescentes em medida de abrigo, e, portanto, em situação de risco, pois o tempo prolongado de afastamento do convívio familiar pode acarretar situação de abandono, considerando que a colocação em família substituta, na modalidade de adoção, ordinariamente, é difícil a partir dos 7 anos e inviável aos 12 anos, mesmo quando é internacional. Em

segundo, porque enfraquece o modelo ilegal por muitos conhecido como *adoção à brasileira*, já que busca a entrega das crianças e adolescentes em condições de ser adotadas a pessoas previamente analisadas e acompanhadas pelo Poder Judiciário, com diminuição do risco de rejeição e de devolução futura do adotado pela família — e assim evitar resultados inegavelmente desastrosos para a formação dele —, problemas que a praxe forense revela serem frequentes quando a adoção é realizada sem a utilização dos métodos próprios (como realização de estudo social, avaliação física e psicológica, além de pesquisa de antecedentes criminais dos pretensos pais e de outras cautelas).

Ocorre que esse modelo não atingiria toda a sua efetividade — evitar a burla à espera daqueles já previamente habilitados — se não houvesse sido implantado um Cadastro Nacional, a ser igual e rigorosamente observado, até como forma de demonstrar uma posição firme do Poder Judiciário em relação às práticas de adoção ilegais, criminosas e reprováveis, pelo pernicioso resultado que não raro trazem às crianças e adolescentes.

6 O CADASTRO NACIONAL DE ADOÇÃO (CNA)

Era realmente necessário um cadastro eficiente no âmbito nacional. Em plena era da informática, é de pasmar que não se soubesse em que lugar do País havia casais habilitados para adoção, enquanto crianças esperavam pela chance de ter uma família.

Nesse contexto, e inspirado no modelo catarinense, assim como nos modelos paulista e pernambucano, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) lançou, em 29 de abril de 2008, o Cadastro Nacional de Adoção (CNA), nos termos da Resolução n. 54, cujo objetivo é fornecer informações sobre o número de crianças e adolescentes sob a tutela do Estado, quantidade e localização de pretendentes habilitados em todas as regiões, perfis completos e dados sobre abrigos, com o cruzamento de informações e facilitação, a

exemplo do que já se disse do modelo catarinense, do processo de adoção, mesmo porque as informações, antes regionalizadas, estarão disponíveis aos Juízes, responsáveis pela alimentação do Cadastro Nacional de Adoção.

O modelo catarinense (Cuida), conforme divulgado pelo próprio Conselho Nacional de Justiça, foi utilizado como referência para o desenvolvimento da ferramenta nacional (CNA). O sistema pernambucano (Infoadote), por sua vez, está sendo utilizado como parâmetro técnico, ao permitir o cruzamento de informações cadastrais de crianças, adolescentes e pretendentes. O Infoadote também é um sistema informatizado de dados para cadastramento de pretendentes nacionais e estrangeiros e de crianças e adolescentes disponíveis para adoção, mas permite o cruzamento de dados para a escolha do pretendente mais adequado à criança e oferece resultados estatísticos dos processos, embora o candidato não fique automaticamente inscrito para as demais comarcas do Estado.

Leia-se, a propósito, a seguinte notícia veiculada no *site* do Conselho Nacional de Justiça (2007), nestes termos:

A partir da exposição de experiências bem-sucedidas nos Estados de São Paulo, Santa Catarina e Pernambuco e o levantamento de sugestões dos grupos de trabalho, foram definidos os indicadores necessários à constituição do cadastro, bem como o suporte operacional mais adequado a seu funcionamento. [...] O Cadastro Único Informatizado de Adoção (Cuida), implantado em Santa Catarina, será usado como referência para o desenvolvimento da ferramenta.

A regulamentação do Cadastro Nacional de Adoção está assim disposta:

Art. 1º. O Conselho Nacional de Justiça implantará o Banco Nacional de Adoção, que tem por finalidade consolidar dados de todas as comarcas das unidades da federação referentes a crianças e adolescentes disponíveis para adoção, após o trânsito em julgado dos respectivos processos, assim como dos pretendentes a adoção domiciliados no Brasil e devidamente habilitados.

Art. 2º. O Banco Nacional de Adoção ficará hospedado no Conselho Nacional de Justiça, assegurado o acesso aos dados nele contidos exclusivamente pelos órgãos autorizados.

Art. 3º. As Corregedorias dos Tribunais de Justiça funcionarão como administradoras do sistema do respectivo Estado, e terão acesso integral aos cadastrados, com a atribuição de cadastrar e liberar o acesso ao juiz competente de cada uma das comarcas, bem como zelar pela correta alimentação do sistema, que deverá se ultimar no prazo de 180 dias da publicação desta Resolução.

Art. 4º. As Corregedorias Gerais da Justiça e os juízes responsáveis pela alimentação diária do sistema encaminharão os dados por meio eletrônico ao Banco Nacional de Adoção.

Art. 5º. O Conselho Nacional de Justiça prestará o apoio técnico necessário aos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal para alimentar os dados no Banco Nacional de Adoção.

Parágrafo único. Os Tribunais poderão manter os atuais sistemas de controle de adoções em utilização, ou substituí-los por outros que entendam mais adequados, desde que assegurada a migração dos dados, por meio eletrônico, contidos nas fichas e formulários que integram os anexos desta Resolução.

Art. 6º. O Conselho Nacional de Justiça, as Comissões Estaduais Judiciárias de Adoção — CEJAS/CÉJAIS e as Corregedorias Gerais da Justiça devem fomentar campanhas incentivando a adoção de crianças e adolescentes em abrigos e sem perspectivas de reinserção na família natural.

Parágrafo único. O Conselho Nacional de Justiça celebrará convênio com a Secretaria Especial de Direitos Humanos da Presidência da República — SÉDH para troca de dados e consultas ao Banco Nacional de Adoção.

O objetivo do cadastro único (CNA), conforme se lê, assim como do modelo catarinense (Cuida), é agilizar os procedimentos relativos ao encaminhamento de crianças e adolescentes para adoção, além de facilitar a inscrição dos interessados, racionalizando o sistema, e com isso evitar a

multiplicidade de pedidos e permitir o acesso *on-line* a Juízes e Assistentes Sociais envolvidos no processo.

De outro lado, as informações coletadas servem para traçar um diagnóstico da adoção no País inteiro e definir estratégias para amenizar os pontos de estrangulamento que dificultam a adoção, e, assim, impedir que crianças adotáveis deixem de conviver com uma família ou sejam entregues em adoção para família estrangeira antes que se esgotem as buscas por uma família residente no território nacional, em atenção ao que dispõe o artigo 31 da Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990, segundo o qual “a colocação em família substituta estrangeira constitui medida excepcional, somente admissível na modalidade de adoção”.

Assim, com a implantação do Cadastro Nacional de Adoção (CNA), além de incorporar benefícios aos processos de adoção e melhorar a eficiência do trabalho nas Varas da Infância e da Juventude, com diagnósticos precisos e constantemente atualizados, o Judiciário poderá, outrossim, dar outra grande contribuição à sociedade. A razão está em que, com os dados colhidos pelo CNA, o Poder Executivo, responsável pelas políticas públicas em favor da infância e da juventude, poderá desenvolver políticas e programas que venham a melhorar a condição de milhares de crianças e adolescentes em todo o Brasil.

Nos Estados em que não houver esse sistema, a alimentação do cadastro ficará a cargo da respectiva Corregedoria-Geral da Justiça.

Dessa forma, a exemplo da experiência catarinense, caminha-se firme para combater a adoção realizada clandestinamente, a qual, além de criminosa, coloca em risco os interesses do adotando, uma vez que não há avaliação adequada daqueles para quem ele está sendo entregue, o que o deixa, muitas vezes, em situação menos favorável do que se estivesse abrigado, à espera dos que estão efetivamente aptos para a adoção.

Logo, mesmo que não se possa prever que todas as adoções ocorridas sob a chancela do Judiciário resultarão bem sucedidas, a busca pela qualidade e eficiência nesse segmento tem um significado especial, qual seja, menos burocracia e mais transparência nos processos de adoção.

Ao final do cadastramento, com o mapeamento dos dados, o Judiciário saberá, com exatidão, por exemplo, se em um abrigo há irmãos à espera de uma família; que problemas de saúde afligem mais as crianças, com que frequência e por região; se há num Estado da Federação uma criança que pode ser adotada por um casal que aguarda numa fila de um outro Estado, situação que antes não era possível; entre outras questões. O cadastro formará, então, o Banco Nacional de Adoção, que reunirá os perfis das crianças, adolescentes e interessados na adoção, localização deles, número de abrigos e demais informações de caráter nacional, que, até o momento, sempre foram regionalizadas.

Com o Cadastro Nacional de Adoção (CNA), o próprio Juiz que habilitou o pretendente à adoção inscrevê-lo-á no sistema nacional, de sorte que será reduzida a burocracia, pois uma pessoa habilitada em sua comarca também ficará apta a adotar em qualquer lugar do Brasil. Antes disso, os interessados em adotar passavam por um processo de habilitação que os colocava numa fila, e então tinham de aguardar uma criança com o perfil desejado. Ao final do processo, a habilitação só era válida para a localidade onde a pessoa ou o casal residia. Para buscar uma criança em outra unidade judiciária, exigia-se nova habilitação.

Para conferir a eficácia do Cadastro Nacional de Adoção, vale a pena transcrever notícia veiculada na página eletrônica do Conselho Nacional de Justiça (2008), nestes termos:

Adotada 1ª criança cearense pelo Cadastro Nacional de Adoção

Em menos de dez dias, foi concluída pela 2ª Vara da Infância e da Juventude de Fortaleza, a primeira adoção no Estado do Ceará

através de vinculação ao Cadastro Nacional de Adoção (CNA). Um casal goiano adotou uma criança cearense do sexo masculino, cor negra, de aproximadamente quatro anos de idade.

O processo mudou a sorte do garoto que já havia passado, sem sucesso, por três tentativas de adoção por casais habilitados e cadastrados no Ceará. Foi o casal goiano quem manifestou interesse de viajar a Fortaleza para conhecer a criança. Eles desembarcaram na cidade no dia 23 de outubro. No dia seguinte, conheceram o menino, acompanhados de profissionais da equipe interdisciplinar do Juizado da Infância e da Juventude, e, seis dias depois, entraram com o pedido de adoção.

No último dia 6, o casal participou de uma audiência na 2ª Vara da Infância e da Juventude, conduzida pelo juiz titular Francisco Suenon Bastos Mota. Após a sessão, o magistrado proferiu a sentença concedendo o pedido de adoção e a retificação do registro de nascimento da criança que passará a usar o sobrenome dos pais. [...] Além do aumento no número de adoções, outro resultado a ser comemorado é a redução do tempo de espera para a habilitação no Cadastro de Adotantes e Adotandos da Comarca de Fortaleza. Em 2007, do requerimento inicial à sentença, os procedimentos de habilitação duravam, em média, 69 dias. Em outubro deste ano, o tempo médio foi reduzido para 28 dias, o que gerou uma economia de 41 (quarenta e um) dias por processo de habilitação.

Portanto, a iniciativa do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), órgão que exerce o controle e a fiscalização do Poder Judiciário e é capaz, pelo seu caráter nacional, de aglutinar interesses e experiências regionais de todos os tribunais, é extremamente feliz justamente porque atende às recomendações dadas pelos estudiosos de Administração para o sucesso dos programas de qualidade e eficiência, no sentido de que as mudanças devem vir do topo da organização, mediante envolvimento da alta direção (TOVOLI JÚNIOR, 1994, p. 7).

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Do exposto, tem-se que a Qualidade, enquanto filosofia de gestão, vai ao encontro da missão do Poder Judiciário de Santa Catarina, qual seja, a humanização da Justiça, assegurando que todos a ela tenham acesso e garantindo a efetivação dos direitos e da cidadania, com incansável busca pela eficiência na prestação jurisdicional.

No que diz respeito à adoção, considerou-se que o espírito da lei ao tratar do tema está em assegurar a toda criança e adolescente o direito a viver em uma família, de modo que a adoção deve ser entendida como verdadeiro ato de doação de amor, vontade incondicional de acolher alguém em ambiente familiar, e não como mera obra de caridade ou compaixão pela criança ou adolescente.

Segundo dados da Ceja no Estado de Santa Catarina há aproximadamente 1.000 crianças e adolescentes em medida de abrigo, e, portanto, em situação de risco, pois a permanência prolongada nesses locais diminui consideravelmente as chances de ser colocados em família substituta.

Em razão do elevado número de infantes abrigados, institucionalizados, muito embora a legislação de regência (artigo 50 do Estatuto da Criança e do Adolescente) somente tenha previsto a manutenção individualizada, pelas autoridades judiciárias, em cada comarca, de um registro de crianças e adolescentes em condições de ser adotados e de outro de pessoas interessadas na adoção, a Corregedoria-Geral da Justiça idealizou e forjou um cadastro único informatizado de adoção e abrigo em Santa Catarina (Cuida), em atenção à busca pela eficiência e qualidade na prestação do relevante serviço jurisdicional relacionado à adoção.

A utilização desse modelo, a par de evitar disparidades em procedimentos de adoção, inclusive de tempos de espera diferenciados entre as comarcas, e aproximar adotantes de adotados, privilegia, exatamente em razão da agilização advinda da padronização de procedimentos e da apro-

ximação daquele que pode e quer adotar com aquele que pode ser adotado, a adoção por intermédio do necessário procedimento judicial, com prévia análise da aptidão dos adotantes para o acolhimento do adotado, primando pela prestação jurisdicional efetiva, eficaz e de qualidade.

Em virtude da dificuldade de conhecer a realidade no País, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), tomando como referência o modelo catarinense (Cadastro Único Informatizado de Adoção e Abrigo — Cuida), compôs um cadastro nacional, quando passou a coletar nos Estados informações que servirão, em breve, para traçar um amplo diagnóstico da adoção no Brasil inteiro e definir estratégias para amenizar os pontos de estrangulamento que dificultam a adoção e, assim, impedir que crianças adotáveis deixem de conviver com uma família ou sejam entregues em adoção para família estrangeira antes que se esgotem as buscas por uma família residente no território nacional.

Em decorrência da pesquisa realizada, entendeu-se que o Conselho Nacional de Justiça deu um passo largo à qualidade e eficiência na prestação jurisdicional referente à adoção, fazendo do processo judiciário um instrumento mais efetivo para a realização do direito fundamental à convivência familiar.

O processo judiciário, pelo entendimento atual, que se reputa correto, deve ser um instrumento da cidadania para a realização dos direitos fundamentais, e é de vital importância, para esse propósito, o direito à organização e à estrutura adequada, a exemplo da elogiável criação do cadastro de adoção de âmbito nacional (CNA).

Sem dúvida, ainda há muito a fazer, mas, diante do fato de um instrumento de gestão desenvolvido no âmbito do Poder Judiciário de Santa Catarina haver sido reconhecido e aproveitado no País inteiro, por ato do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, tem-se que devem ser prestadas as

mais sinceras homenagens aos idealizadores do modelo embrionário catarinense (Cadastro Único Informatizado de Adoção e Abrigo — Cuida).

Encontrando-se referido Cadastro Nacional de Adoção (CNA) no seu limiar, espera-se que ele tenha a mesma aceitação que o Cadastro Único Informatizado de Adoção e Abrigo (Cuida) teve em Santa Catarina.

8 REFERÊNCIAS

BOSSERT, Gustavo. *Adopcion y legitimacion adoptiva*. Rosário: Editorial Orbir, 1967.

CALLOUD, Hubert; CALLOUD, Monique. *L'adoption: une aventure familiale*. Paris: Cannac Edith, 1997.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). Adotada 1ª criança cearense pelo Cadastro Nacional de Adoção. Brasília, 2008. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&task=view&id=5488&Itemid=167>. Acesso em: 12 nov. 2008.

_____. Cadastro Nacional de Adoção já tem suas primeira definições. Brasília, 2007. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&task=view&id=3433&Itemid=1>. Acesso em: 12 nov. 2008.

CORDEIRO, José Vicente B. de Mello. Reflexões sobre a gestão da qualidade total: fim de mais um modismo ou incorporação do conceito por meio de novas ferramentas de gestão?. *Revista FAE*, Curitiba, v. 7, 2004.

CROSBY, Philip. Os 14 passos da melhoria da qualidade não terminam nunca. *Folha de São Paulo*, São Paulo, dez. 1995. *Folha Management*, n. 17.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

FARDIN, Noemia Alves. *Concubinato e aspectos sócio-jurídicos da união estável*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1975. v. 5.
- RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de família*. Rio de Janeiro: Aide, 1994. v. 3.
- SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento n. 2003.005385-9, de Itajaí, relator: Des. José Volpato de Souza. Julgado em 18-8-2003.
- SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 2006.037697-6, de Catanduvas, relator: Des. Mazoni Ferreira. Julgada em 8-2-2007.
- SARAIVA, João Batista Costa. *Direito penal juvenil, adolescente e ato infracional*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- SILVA, Antônio Fernando do Amaral e et al. *Estatuto da criança e do adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- TOVOLI JÚNIOR, José. Por que os programas de qualidade falham?. *Revista de administração de empresas*, São Paulo, v. 34, 1994.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito de família*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. v. 6.

APONTAMENTOS SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL DO CIRURGIÃO-DENTISTA

Márcio Schiefler Fontes*

SUMÁRIO

1 Considerações iniciais. 2 Panorama de alguns conceitos caros ao estudo da responsabilidade civil. 3 Dano moral e dano estético. 4 Relação de consumo na prática odontológica. 5 Considerações finais. 6 Referências.

RESUMO

Inúmeros casos que têm aportado nos tribunais conferem visibilidade à responsabilidade civil do cirurgião-dentista, que se manifesta a partir dos tradicionais postulados da responsabilidade civil, porém não se esgota neles. Com efeito, até as batidas balizas da responsabilidade subjetiva *versus* objetiva, ou das obrigações de meio *versus* obrigações de resultado, ganham novo colorido quando defrontadas com a peculiar relação de consumo que se estabelece entre o paciente e o profissional da Odontologia e, mais especialmente, com os danos potencialmente daí advindos.

Palavras-chave: Responsabilidade civil. Cirurgião-dentista. Erro odontológico. Relação de consumo. Especialidades da Odontologia.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

No âmbito cível¹, alguns dos temas mais instigantes a atualmente exigir atenção do Poder Judiciário são relacionados à responsabilidade civil.

* Juiz de Direito em Santa Catarina.

1 Ou seja, não criminal.

Entre eles destacam-se aqueles, cada vez mais recorrentes, que envolvem danos em procedimentos médicos. Abstraídos – mas não ignorados² – os casos de prestação pública de saúde, quando muito frequentemente a discussão tende a restringir-se à responsabilidade civil objetiva dos entes públicos, a relação de consumo entre paciente e médico ou entre paciente e dentista abre espaço.

Não é por acaso, portanto, que a jurisprudência ganha corpo nesse campo, como atestam decisões recentes do Superior Tribunal de Justiça e dos demais tribunais do País, notadamente os Tribunais de Justiça, órgãos superiores da Justiça Comum, não raro de razoável complexidade.

No Tribunal de Justiça de Santa Catarina não é diferente. No julgamento – relativamente recente, de junho de 2009 – da Apelação Cível n. 2008.064735-2, a Terceira Câmara de Direito Civil, por meio de acórdão lavrado pelo relator, Desembargador Substituto Henry Petry Jr., proferiu decisão em cuja ementa se lê:

- Ante a inexistência de normas relativas ao exercício da Odontologia que exijam a realização de especialização para efetuar procedimentos específicos, não há vedação para o exercício da atividade por cirurgiões-dentistas (art. 5º, II, da CF). Assim, também não há se cogitar de nulidade da perícia judicial realizada por profissional a especialização.
- As atividades realizadas pelos cirurgiões-dentistas, diferentemente do que ocorre com os médicos, constituem, regra geral, obrigações de resultado, especialmente diante da menor complexidade dos procedimentos e seu cunho estético, como é o caso

2 Há diversificada gama de aspectos, de índole processual ou mesmo material, que podem ser trazidos às demandas neste tópico. A título meramente exemplificativo, veja-se o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça: “1. O Tribunal *a quo*, com base nos fatos e provas, apreciou e julgou improcedente a ação regressiva em relação ao agente público (cirurgião-dentista), por ausência de prova da culpa (imperícia). 2. Desse modo, não cabe discutir o cabimento ou não da denúncia à lide. 3. Por outro lado, o julgamento da pretensão regressiva – para fins de se reconhecer a responsabilidade civil do agente e, por conseguinte, reformar o acórdão regional –, exige, necessariamente, a reavaliação dos aspectos fáticos da lide, atividade cognitiva vedada nesta Corte Superior (Súmula 7/STJ). 4. Agravo regimental desprovido” (Primeira Turma, AgRg no REsp. n. 501.640-RS, rela. Mina. Denise Arruda, j. 14-2-2006, DJU 13-3-2003). Veja-se também: Kfoury Neto, (2007, p. 204-222).

da implantodontia. Dessa forma, não atingindo o tratamento seu fim específico, deve ser responsabilizado o profissional. A responsabilidade, nesse caso, considerando o art. 14, § 4º, do CDC, é subjetiva, sendo presumida a culpa.

- “A indenização por danos morais - que tem por escopo atender, além da reparação ou compensação da dor em si, ao elemento pedagógico, consistente na observação pelo ofensor de maior cuidado de forma a evitar a reiteração da ação ou omissão danosa - deve harmonizar-se com a intensidade da culpa do lesante, o grau de sofrimento do indenizado e a situação econômica de ambos, para não ensejar a ruína ou a impunidade daquele, bem como o enriquecimento sem causa ou a insatisfação deste” (TJSC, Apelação cível n. 2008.004222-2, de Balneário Camboriú, Terceira Câmara de Direito Civil. Rel. Des. MARCUS TULLIO SARTORATO, j. em 11.11.08).

- O ressarcimento a título de danos materiais deve se limitar à parte em que o tratamento foi malsucedido, sob pena de enriquecimento ilícito do apelante.

- Havendo condenação, os honorários advocatícios devem ser fixados consoante o que determina o art. 20, § 3º, do Código de Processo Civil, sendo que, decaindo o autor em parte mínima do pedido, devem ser os ônus sucumbenciais integralmente invertidos.

Logo, os cirurgiões-dentistas, que podem também tornar-se alvo de outras modalidades de responsabilização, como a administrativa³ ou mesmo a criminal⁴, afiguram-se merecedores de viva atenção no tocante à responsabilidade civil.

3 Perante os Conselhos – Estaduais e Federal – de Odontologia, autarquias fiscalizadoras do exercício profissional. Conferir a esse respeito a Lei n. 4.324, de 14 de abril de 1964, alterada posteriormente pela Lei n. 5.965, de 10 de dezembro de 1973.

4 Hipoteticamente, nada impede que o dentista seja autor ou partícipe de crimes os mais diversos na prática regular de suas atividades. Os arts. 121 (homicídio), 129 (lesões corporais), 132 (perigo para a vida ou saúde de outrem), 135 (omissão de socorro), 154 (violação do segredo profissional) do Código Penal são bons exemplos. Aqui também cabe menção a outros dois artigos, o 268 (infração de medida sanitária preventiva) e o 282 (exercício ilegal da medicina, arte dentária ou farmacêutica), conforme seguem: “Art. 268 - Infringir determinação do poder público, destinada a impedir introdução ou propagação de doença contagiosa: Pena - detenção, de um mês a um ano, e multa. Parágrafo único - A pena é aumentada de um terço, se o agente é funcionário da saúde pública ou exerce a profissão de médico, farmacêutico, dentista ou enfermeiro”; “Art. 282 - Exercer, ainda que a título gratuito, a profissão de médico, dentista ou farmacêutico, sem autorização

2 PANORAMA DE ALGUNS CONCEITOS CAROS AO ESTUDO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Apartadas reportagens de cunho histórico⁵, a responsabilidade civil no direito brasileiro é fortemente marcada por traçados impossíveis de desprezar. Stoco (2004, p. 118) reputa a responsabilização como “meio e modo de exteriorização da própria Justiça e a responsabilidade é a tradução para o sistema jurídico do dever moral de não prejudicar a outro, ou seja, o *neminem laedere*”. Invocando Marton, diz que é “a situação de quem, tendo violado uma norma qualquer, se vê exposto às consequências desagradáveis decorrentes dessa violação, traduzidas em medidas que a autoridade encarregada de velar pela observação do preceito lhe imponha, providências essas que podem, ou não, estar previstas”.

A abordagem do Código Civil inicia-se no Título III do Livro III da Parte Geral, composto dos arts. 186 a 188, e aos dois primeiros (186 e 187) reportar-se-á ulteriormente o art. 927:

legal ou excedendo-lhe os limites: Pena - detenção, de seis meses a dois anos. Parágrafo único - Se o crime é praticado com o fim de lucro, aplica-se também multa”.

- 5 É valioso o entrelaçamento que Noronha (2003, p. 423-424) faz dos princípios ético-jurídicos das diversas categorias de obrigações com as raízes histórico-jurídicas dos institutos, enriquecendo sobremaneira sua pertinente análise dos institutos jurídicos mencionados: “No longínquo século II da nossa Era, Ulpiano, um dos cinco jurisconsultos clássicos a cujas opiniões uma lei dos imperadores Teodósio II e Valentiniano III veio a reconhecer força obrigatória (era a *Lei das Citações*, do ano 426), formulou a conhecida máxima sobre o que denominava de ‘preceitos do direito’ (*juris praecepta*): *neminem laedere, suum cuique tribuere, honeste vivere* (D.1,1,10,1). Trata-se de máxima que, porventura ligeiramente modificada para *neminem laedere, suum cuique tribuere, pacta servare*, quase que sintetiza os princípios fundamentais subjacentes a cada uma daquelas três categorias de obrigações. Na verdade, a cada uma dessas categorias de obrigações corresponde um princípio ético-jurídico diferente, que assinala claramente as diversas finalidades por elas visadas. As obrigações negociais têm na sua base o princípio de que quem assume livremente uma obrigação, deve cumpri-la: *pacta sunt servanda*, os pactos têm de ser acatados. É princípio que tem por pressupostos essenciais os princípios da autonomia privada, da boa-fé e da justiça contratual, não deixando, aliás, de estar contido na expressão de Ulpiano *honeste vivere*, viver honestamente. As obrigações de responsabilidade civil baseiam-se essencialmente no princípio *neminem laedere*, não lesar ninguém: quem causa dano a outrem, deve repará-lo. As obrigações de enriquecimento sem causa assentam no velho princípio de justiça *suum cuique tribuere*, dar a cada um o que é seu, e mesmo que este princípio tenha um alcance bem maior: quem beneficiou com algo alheio, deve restituir o valor do benefício. Cada um dos três princípios ético-jurídicos aponta para uma obrigação com causa e finalidade próprias: no primeiro princípio (*pacta sunt servanda*), a causa da obrigação é o compromisso assumido e a prestação consiste na efetivação deste (obrigação negocial); no segundo (*neminem laedere*), a causa da obrigação é o dano causado e a prestação tem por finalidade repará-lo (obrigação de responsabilidade civil); no terceiro (*suum cuique tribuere*), a causa está no acréscimo patrimonial indevido e a prestação consiste na sua remoção para o patrimônio da pessoa com direito a ele (obrigação de restituição por enriquecimento sem causa)”.

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Malgrado divergências doutrinárias (NORONHA, 2003, p. 467-477), é do art. 186 que comumente se extraem como pressupostos básicos da responsabilidade civil⁶ três elementos imediatos (a “tríplice ocorrência”): ação ou omissão, dano e nexos causal (naturalmente entre a ação ou omissão e o dano⁷), aos quais se acresce desde logo, para efeito didático, o *dolo*⁸ ou

- 6 Este é um tema controverso; há vertentes de pensamento bem diferentes. Noronha (2003, p. 467-468) faz, à sua óptica, um apanhado mais minucioso dos pressupostos da responsabilidade civil: “Reduzindo a responsabilidade civil à sua expressão mais simples, pode-se dizer que, para que ela surja, é preciso que haja um *dano* e que tenhamos uma *pessoa* que deva responder por ele. Mas saber quando é que uma pessoa pode ser responsabilizada por um dano exige o apuramento de diversos elementos, que importa conhecer. Perante um *dano* de qualquer natureza (isto é, a pessoas ou coisas, patrimonial ou extrapatrimonial, individual ou coletivo), o jurista começará procurando saber se ele corresponde à violação de um bem juridicamente tutelado, isto é, averiguará se o dano tem cabimento no *âmbito de proteção*, ou *escopo*, de uma norma. Se existir norma tutelando o bem violado (e atualmente são protegidos quase todos os bens que interessam às pessoas, individual ou coletivamente), procurará saber qual foi a *causa* do dano, ou, em casos muito excepcionais, se ele simplesmente se verificou no decurso de uma dada atividade”.
- 7 “O vínculo entre o prejuízo e a ação designa-se nexos causal, de modo que o fato lesivo deverá ser oriundo da ação, diretamente ou como sua consequência previsível. Tal nexos representa, portanto, uma relação necessária entre o evento danoso e a ação que o produziu, de tal sorte que esta é considerada como sua causa. Todavia, não será necessário que o dano resulte apenas imediatamente do fato que o produziu. Bastará que se verifique que o dano não ocorreria se o fato não tivesse acontecido. Este poderá não ser a causa imediata, mas, se for condição para a produção do dano, o agente responderá pela consequência” (DINIZ, 2004, p. 108).
- 8 Para Pereira (2000, p. 208), “*dolo* é a infração do dever legal ou contratual, cometida voluntariamente, com a consciência de não cumprir. A vontade do agente pode dirigir-se para o resultado maléfico, e, sabendo do mal que sua conduta irá gerar, quer este resultado, apesar de suas consequências conhecidas. Esta é uma noção clássica de *dolo* que Carvalho de Mendonça resume no *animus injuriandi*. Não é modernamente necessária, na sua configuração, aquela preordenada vontade de violar a obrigação (Ruggiero). Basta, a caracterizá-lo, que o agente tenha a consciência da infração, e esteja ciente do dano que se lhe siga. O elemento fundamental de sua verificação, para a concepção tradicional, estava no *animus*

culpa⁹, cuja demonstração será de regra exigível no caso de responsabilidade civil subjetiva.

Classificações tradicionais são aquelas que dividem a responsabilidade em contratual e extracontratual, ou em subjetiva e objetiva; e ainda aquela que reparte as obrigações entre as de meio e as de resultado.

Perpassadas as classificações é que poderemos examinar com mais lastro os assuntos e acórdãos seguintes, a começar pelo proferido em março de 2008, na Terceira Câmara de Direito Civil, no julgamento da Apelação Cível n. 2007.064655-3, relator o Desembargador Fernando Carioni:

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS – TRATAMENTO ODONTOLÓGICO – FRATURA POR INSTRUMENTO ENDODÔNTICO – INEXISTÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE CULPA DO PROFISSIONAL – *ONUS PROBANDI* DO POSTULANTE – INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 333, I, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – NEXO DE CAUSALIDADE NÃO DEMONSTRADO – RESPONSABILIDADE AFASTADA – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO.

Ausente o nexo de causalidade entre o dano sofrido e a conduta do agente, requisito indispensável para a responsabilização civil, a improcedência do pleito indenizatório é medida que se impõe.

nocendi, intenção de causar o mal, de difícil e às vezes impossível objetivação na prática, porque se é fácil provar a transgressão, e se o efeito danoso logo se consigna, a intenção é de evidenciação difícil, em razão da sua extrema subjetividade e seu menor grau de exteriorização. Adotando-se a outra concepção, já se torna mais viável demonstrá-lo, pois que não há mister indagar se o agente quis o efeito maléfico, senão que tinha a percepção da violação ou a consciência dela”.

- 9 Também Pereira (2000, p. 209) oferece contorno certo: “Na culpa encontra-se o fator inadimplemento, porém despido da consciência da violação. A ação é voluntária, no que diz respeito à materialidade do ato gerador das consequências danosas. Mas o agente não procura o dano como objetivo de sua conduta, nem procede com a consciência da infração. Daquela ação derivam consequências prejudiciais, que não podem ficar livres de reparação. Há, assim, um encadeamento de fatos e consequências: uma atuação voluntária, ainda que sem a consciência da transgressão; um dano a alguém; uma obrigação de repará-lo, porque a conduta foi contraveniente à imposição de uma norma. Analisada originariamente esta série de fatos e consequências, ressalta que o fundamento da responsabilidade por culpa está na infração mesma de um dever, seja este legal, seja contratual, que o agente devia ter evitado, conduzindo-se de maneira a não faltar a ele. [...] Mas acha-se fora de sua etiologia [do agente] a vontade de causar o mal, ou a consciência mesma da violação”.

A primeira classificação indicada (responsabilidade civil contratual *versus* responsabilidade civil extracontratual) guarda relevância na medida em que alguém pode causar prejuízo a outrem já por descumprir uma obrigação contratual, que presume um vínculo jurídico prévio entre o lesante e lesado, já por praticar outra espécie de ato ilícito, quando inexistente ligação jurídica anterior entre o causador do dano e a vítima, isto é, até o momento em que o ato do primeiro acionou a norma que o obriga a indenizar. Exemplo da primeira conjectura é o cardiologista contratado¹⁰ que age com culpa e produz dano. Da segunda é o mesmo médico que produz dano acerca de objeto diverso do contratado (no caso, tratamento cardiológico). Aliás, “pode acontecer que a prestação profissional ocorra em situação de emergência, sem que antes tenha havido qualquer acordo de vontades entre o paciente e o facultativo” (THEODORO JÚNIOR, 2000, p. 70), o que evidentemente não é a regra. Pereira (2000, p. 210) incorpora com propriedade essas noções à figura da culpa¹¹:

A culpa, tendo em vista a categoria do dever violado, diz-se *contratual* ou *extracontratual*. *Culpa contratual* é aquela decorrente da infração de uma cláusula ou disposição de contrato celebrado

10 Contrato, atente o leigo, pode ser tanto oral como escrito.

11 Recorrendo à apuração de Irineu Antonio Pedrotti, Kfourri Neto (2007, p. 230) arrola eventos culposos comuns na rotina profissional sob enfoque: “Assim, quanto ao cirurgião-dentista que exerce a odontologia social, denota culpa o erro no cálculo de concentração do flúor nas águas destinadas a consumo público, causando fluorese dental e, em casos extremos, intoxicações que podem conduzir ao óbito. O especialista em traumatologia bucomaxilo-facial revelará culpa se provocar fratura e luxação mandibular ao extrair um dente retido. Na endodontia – prossegue Pedrotti – vislumbra-se culpa quando: a) na preparação de um canal provoca trepanação radicular, tanto pela falta de técnica como pela errônea interpretação radiográfica; b) dá ensejo à fratura de instrumento alargador (*v.g.*, lima de instrumentação) no interior do conduto radicular, por excesso de uso ou motivo outro alheio à necessidade técnica. O ortodontista agirá com culpa ao não controlar a força aplicada para movimentação dental, ocasionando reabsorção radicular. Em odontopediatria, é culpado o dentista que: a) condena um elemento dental temporário, em vez de restaurá-lo. (É que ele servirá de guia para o posicionamento do sucessor permanente.); b) extrai dentes temporários destruídos, mas com chance de recuperação através de prótese, provocando, posteriormente, distúrbio de oclusão na dentição permanente da criança. Especialista em prótese, denotará conduta culposa o dentista que ‘instala prótese mal planejada, causando ao paciente problemas periodontais nas estruturas dentais remanescentes’, ou que ‘instala prótese mal planejada, onde o princípio de oclusão não foi respeitado, provocando distúrbios na articulação têmporo-mandibular’. O cirurgião-dentista especializado em radiologia agirá culposamente ao empregar técnica não apropriada ou não cuidar da boa técnica na revelação radiográfica, induzindo a erro na interpretação da radiografia e consequente falha de diagnóstico. O periodontista – que trata do periodonto, estrutura óssea e tecidos que sustentam os dentes, aí incluída a gengiva, cimento e ligamento periodontal – age com culpa ao não remover adequadamente os cálculos ou quando não instrui corretamente o paciente na remoção da placa, fator essencial à preservação da estrutura dental”.

entre as partes. *Culpa extracontratual*, também chamada *aquiliana*, em razão de se achar originariamente definida na romana *Lex Aquilia*, é a transgressão do dever legal, positivo, de respeitar o bem jurídico alheio, ou do dever geral de não causar dano a outrem, quando a conduta do agente não está regulada por uma convenção.

Sem embargo do inegável didatismo, essa classificação sofre a procedente restrição apontada por Noronha (2003, p. 432-433):

A responsabilidade civil, na acepção estrita ou técnica [...], é tradicionalmente chamada de “responsabilidade extracontratual”; por sua vez, a responsabilidade negocial é usualmente chamada de “responsabilidade contratual”. Trata-se, porém, de expressões equívocas, na medida em que ignoram a existência de obrigações nascidas de negócios jurídicos unilaterais, como a promessa pública de recompensa, a garantia convencional oferecida por fabricantes ao consumidor final e a subscrição de títulos de crédito [...].

Assim, por um lado, a expressão “responsabilidade contratual” esconde que a par da obrigação de indenizar derivada do inadimplemento dos contratos, e regendo-se pelos mesmos princípios, existe também aquela resultante do inadimplemento de negócios jurídicos unilaterais. Por outro lado, a expressão “responsabilidade extracontratual” poderia sugerir, erradamente, que o inadimplemento desses negócios jurídicos unilaterais se regeria por princípios diversos dos aplicáveis aos bilaterais, ou contratos: a verdade é que, em matéria de responsabilidade pelo inadimplemento, tanto os negócios jurídicos unilaterais como os bilaterais, ou contratos, estão sujeitos a regime jurídico idêntico – e que é diverso do aplicável àquelas obrigações que aqui incluímos na expressão *responsabilidade civil*, em sentido estrito.

A estas razões, acresce que a bipartição “responsabilidade contratual” e “extracontratual” reflete um tempo passado, o da elaboração da distinção, em que se dava o máximo relevo às obrigações assumidas no âmbito da autonomia privada, relegando a lugar secundário as não “contratuais”. Atualmente já se vai reconhecendo que a responsabilidade que era chamada de extracontratual não é simplesmente aquela que fica para além

dos contratos, ela é bem mais importante, é o regime-regra da responsabilidade civil [...].

Por essas razões falaremos apenas em “responsabilidade civil” e em “responsabilidade negocial”, abandonando as designações tradicionais de “responsabilidade contratual” e “extracontratual”. Fique bem claro que quando falamos em responsabilidade civil geral, ou em sentido estrito, não englobamos nela a responsabilidade contratual, que cabe dentro da negocial.

A segunda classificação exibida é de fundamento, uma vez que a responsabilidade civil objetiva¹², decorrente da teoria do risco (também

12 Oportuno histórico da responsabilidade civil objetiva é ofertado por Silva (2004): “Nos primeiros tempos do direito romano, a responsabilidade era objetiva, dissociada da noção de culpa e baseada na ideia de vingança privada, embora não tivesse nenhuma relação com o risco profissional, tal como hoje é concebido. Com o tempo, abandonou-se a ideia de represália e, a partir da *Lex Aquilia*, desenvolveu-se a moderna noção de culpa do autor do dano, que progrediu com o direito de Justiniano até ser consagrada no Código Civil francês de 1804. Invertida a regra, a responsabilidade sem culpa tornou-se exceção à responsabilidade subjetiva e passou a ser tida como um sistema mais rigoroso, que poderia acarretar na prática consequências injustas. O Código Civil brasileiro de 1916, inspirado no modelar e referencial Código Napoleão, representava a preponderância da responsabilidade subjetiva, calcada na culpa, pois seu art. 159 dispunha, de modo genérico, que aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violasse direito, ou causasse prejuízo a outrem, ficava obrigado a reparar o dano. Silvio Rodrigues, durante a vigência desse Código Civil, dizia que, dentro da concepção tradicional, a responsabilidade do agente causador do dano só se configurava se ele agisse culposamente, haja vista a prevalência da teoria da culpa em relação à do risco. Havia, contudo, no próprio Código Civil de 1916 artigos que estabeleciam a responsabilidade independentemente de culpa, como os arts. 15 (responsabilidade das pessoas jurídicas de direito público pelos atos de seus agentes que nessa qualidade causassem danos a terceiros), 1.101 a 1.106 (responsabilidade por vícios redibitórios) e 1.107 a 1.117 (responsabilidade por evicção), os dois últimos relativos à responsabilidade contratual. O Código Civil de 1916 representava um modelo liberal-burguês, baseado numa sociedade agrária voltada para a exportação, em descompasso com a industrialização que ia tomando conta das economias europeia e norte-americana no final do século XIX. Nesses países, o advento da sociedade industrial – consistente na adoção de novas tecnologias, no desenvolvimento do maquinismo e no crescimento e concentração da população nas cidades –, multiplicava consideravelmente o número de acidentes envolvendo máquinas e vítimas, tornando a perquirição da culpa uma atividade complexa e, ao mesmo tempo, insuficiente para a responsabilização civil. Ficava, pois, praticamente impossível à vítima provar a negligência, a imprudência ou a imperícia, por exemplo, do maquinista, ou do dono da máquina industrial causadora do acidente, sobretudo porque ela não tinha conhecimento técnico para apontar a falha humana na manutenção ou condução do engenho. Isso fez com que a doutrina, no fim do século XIX, desviasse os olhos da culpa e voltasse a atenção para o risco criado pelo proprietário da máquina, deixando de lado exames de caráter subjetivo, cujo referencial era o comportamento do ‘homem médio’. Consequência foi o restabelecimento da antiga responsabilidade sem culpa, agora definida como objetiva e entendida como a responsabilidade segundo a qual a atividade criadora de risco é suficiente para responsabilizar quem a exerce, causando danos a terceiros, independentemente de ter agido com culpa ou dolo. O direito brasileiro, sempre influenciado pela cultura europeia, não ficou inerte à evolução da nova doutrina, cuja finalidade era eminentemente social. Antes mesmo do Código Civil de 1916 entrar em vigor, a responsabilidade objetiva logo foi recepcionada pela Lei n. 2.681/1912, que a estabeleceu para as empresas de transporte ferroviário. Depois, o Decreto n. 24.687/1934 (Lei de Acidentes do Trabalho) fixou a responsabilidade objetiva do patrão pelo dano causado ao trabalhador, de que resultasse morte ou ferimento; esse encargo foi agravado pelo Decreto-Lei n. 7.036/1944, que confirmou a responsabilidade mesmo no caso de culpa da vítima. O Decreto n. 483/1938 responsabilizou o proprietário da aeronave pelos danos causados a pessoas em terra, por coisas que dela caíssem, assim como por danos derivados das manobras dos aviões em terra. Essas regras, não modificadas pelo Código Brasileiro do Ar (Dec.-Lei n. 32/1966, alterado

profissional), suprime a necessidade de demonstração de culpa. A responsabilidade civil subjetiva é a que se mantém íntegra quanto à exigência de demonstração pelo interessado dos quatro elementos inicialmente arrolados: ação ou omissão, dano, nexo causal e dolo ou culpa. Sem grande aprofundamento, podemos afirmar, com a precisão que nos empresta Dias (1950, p. 98), que, “no sistema da culpa, sem ela, real ou artificialmente criada, não há responsabilidade; no sistema objetivo, responde-se sem culpa, ou, melhor, esta indagação não tem lugar”. Portanto, a principal diferença entre a responsabilidade civil subjetiva e a responsabilidade civil objetiva reside na imprescindibilidade ou não da comprovação da culpa ou dolo do agente, assim como, por consequência, na distribuição do ônus probatório.

Acerca da responsabilidade civil subjetiva *versus* responsabilidade civil objetiva, Noronha (2003, p. 484) pronuncia-se da seguinte maneira: “A mais importante das classificações possíveis é feita a partir do fundamento da imputação da obrigação de indenizar, em que [...] se defrontam dois princípios ético-jurídicos, que são em larga medida antagônicos: os princípios da culpa e do risco”. Explica que “os casos em que prevalece o princípio da culpa são chamados de *responsabilidade subjetiva*, ou *culposa*; aqueles em que domina o princípio do risco, são os de responsabilidade civil *objetiva*, ou *pelo risco*”.

O mesmo autor (2003, p. 484-485) provê conceito de responsabilidade civil subjetiva:

pelo Decreto-lei n. 234/1967), foram mantidas pelo atual Código Brasileiro da Aeronáutica (Lei n. 7.565/1986).” Mais além, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu em seu 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”. Nesse sentido, o Código de Defesa do Consumidor, de 1990, previu a responsabilidade objetiva, a começar pelo art. 12: “O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos”. Por fim, o Código Civil de 2002 abraçou a responsabilidade civil objetiva no parágrafo único do art. 927.

A *responsabilidade subjetiva*, ou *culposa*, também chamada de responsabilidade civil por *atos ilícitos*, ou *aquilianiana*, é obrigação de reparar danos causados por ações ou omissões intencionais (ou seja, dolosas), imperitas, negligentes ou imprudentes (isto é, culposas), que violem direitos alheios. É ela que constitui o regime-regra da responsabilidade civil, como está claro no art. 927, *caput*, do Código Civil.

Esta responsabilidade nasce de *atos ilícitos*, que são ações ofensivas de direitos alheios, proibidas pela ordem jurídica e imputáveis a uma pessoa de quem se possa afirmar ter procedido culposamente, ou mesmo de forma intencional.

Noronha (2003, p. 485-486) trabalha adiante conceito e atributos fundamentais da responsabilidade civil objetiva:

A responsabilidade civil *objetiva*, ou *pelo risco*, é obrigação de reparar danos, independentemente de qualquer ideia de dolo ou culpa. Ela nasce da prática de fatos meramente antijurídicos, geralmente relacionados com determinadas atividades (e por isso ainda sendo *riscos de atividades* “normalmente desenvolvidas pelo autor do dano” – cf. Cód. Civil, art. 927, parágrafo único). Como sabemos [...], a antijuridicidade é dado de natureza objetiva: existe sempre que o fato (ação, omissão, fato natural) ofende direitos alheios de modo contrário ao direito, independentemente de qualquer juízo de censura que porventura também possa estar presente e ser referido a alguém.

Se a característica essencial da responsabilidade civil objetiva é prescindir-se de culpa, nela caberão também os casos ditos de presunção de culpa absoluta (*juris et de jure*), que são aqueles em que não é possível à pessoa responsabilizada fazer prova em contrário [como no caso dos patrões por atos dos empregados].

Por na responsabilidade civil se prescindir de culpa, muitos autores chegam a afirmar que nela não existe um nexo de imputação. Todavia, não é bem assim. O nexo de imputação existe, só que diferente: é a imputação pelo risco criado. Quem exerce determinadas atividades, suscetíveis de causar danos a terceiros, terá, como contrapartida dos benefícios que auferir, de suportar os danos que sejam eventualmente ocasionados a outrem.

Por fim, como terceira das classificações apontadas, têm-se as obrigações de meio (ou de meios) e as de resultado. *Grosso modo*, naquelas seria exigível do devedor somente que empregasse na execução do avençado sua melhor capacidade; nestas, poder-se-ia dele exigir que alcançasse a integralidade do resultado final esperável. Aqui também não se escapa de certa contenda¹³, mas do escólio de Pereira (2000, p. 33-34) se extrai esta interessante passagem:

[...] não podemos omitir uma classificação que modernamente procura contrastar as *obrigações de meio* das *obrigações de resultado*, critério este que é devido a Demogue tendo em vista a definição das responsabilidades do devedor, que ele imaginou em função de certa analogia com os delitos formais e os delitos materiais. Nas obrigações de *resultado*, a execução considera-se atingida quando o devedor cumpre o objetivo final; nas de *meio*, a inexecução caracteriza-se pelo desvio de certa conduta ou omissão de certas precauções, a que alguém se comprometeu, sem se cogitar do resultado final.

A esta altura é imprescindível consignar, como se retomará ao tratar do dano estético, que a prática odontológica quase sempre está associada a obrigações de resultado. Isso, de um lado, deve-se justamente à expectativa social de fim estético que cerca a prática odontológica e, de outro, tem consequências de profunda extensão, como nem sequer cogitar culpa do profissional. Pontua Kfourri Neto (2007, p. 229):

13 Vejam-se algumas das pertinentes ponderações de Múrias e Pereira (2008, p. 1-2): "As obrigações de resultado poderiam chamar-se obrigações de causação ou obrigações causativas. Nelas, o devedor obriga-se a causar certo resultado, o resultado definidor da prestação. Como o comportamento devido se define pela causação de um facto, *esse comportamento* ocorre apenas se o resultado ocorrer: só se causa o que acontece. Logo, um acto só será qualificado como cumprimento se o resultado vier *depois* a ocorrer. As obrigações de meios chamar-se-iam com mais clareza obrigações de tentativa ou obrigações de adequação. *As obrigações de meios também se definem por um resultado*. O devedor, porém, não se obriga a causá-lo, mas a tentar causá-lo, ou melhor, a praticar os actos que, numa apreciação *ex ante*, sejam adequados a causá-lo. É portanto comum às obrigações de meios e de resultado serem definidas através de um facto que se pretende causar. A diferença está naquilo a que o devedor se obriga: nas de resultado, obriga-se a causá-lo; nas de meios, obriga-se a tentar adequadamente causá-lo. Assim, só há cumprimento das primeiras quando o resultado definidor da prestação ocorra causado pelo devedor; nas de meios, há cumprimento quando o resultado é adequadamente tentado. Note-se que as 'obrigações de meios' *não* se definem por nenhuma indicação dos meios que o devedor usará para cumprir. Pelo contrário, ele é totalmente livre na sua escolha, salvo convenção adicional".

Há obrigações de meios – segundo Demogue – quando a própria prestação nada mais exige do devedor que pura e simplesmente o emprego de determinado meio sem olhar o resultado. É o caso do médico, que se obriga a envidar seus melhores esforços e usar de todos os meios indispensáveis à obtenção da cura do doente, mas sem jamais assegurar o resultado, ou seja, a própria cura.

Na obrigação de resultado, se o profissional não atinge o fim a que se propõe, não terá cumprido sua obrigação. Ou alcança o resultado, ou terá que arcar com as consequências.

André Luís Maluf de Araújo elenca, dentro da odontologia, as seguintes especialidades, que envolveriam obrigação de resultado: dentística restauradora, odontologia legal, odontologia preventiva e social, ortodontia, prótese dental e radiologia. Já a cirurgia e traumatologia bucomaxilo-faciais, a endodontia, a periodontia, a odontopediatria, a patologia bucal e a prótese bucomaxilo-facial deveriam ser analisadas caso a caso.

A exata compreensão desse aspecto se reflete no ônus da prova: nas obrigações de resultado, se o fim colimado não é atingido, a vítima não precisará provar a culpa do profissional, para obter a indenização. Incumbirá ao devedor (o dentista), para destruir a presunção, comprovar que teve conduta diligente – mas, mesmo assim, sobreveio evento irresistível.

Sem embargo, reconhecida a obrigação de meio, e não de resultado (no estudo vertente, notadamente quando não vislumbrado fim estético preponderante), caberá ao sedizente prejudicado a prova da culpa do profissional. Para balizar essa referência, veja-se o acórdão produzido no julgamento da Apelação Cível n. 2008.025741-4, de setembro de 2008, relator o Desembargador Marcus Tulio Sartorato, cuja ementa se transcreve:

RESPONSABILIDADE CIVIL. TRATAMENTO ORTODÔNTICO. AUTORA QUE ALEGA ERRO DE DIAGNÓSTICO, POIS A RÉ TERIA DESCONSIDERADO A NECESSIDADE DE CIRURGIA, E ERRO PROCEDIMENTAL, SUSTENTANDO AUMENTO DAS DORES E AGRAVAMENTO DA MÁ-OCCLUSÃO DENTÁRIA. PROVA PERICIAL QUE NÃO APONTA FALHA NOS PROCEDIMENTOS ADOTADOS PELA RÉ. OBRIGAÇÃO DE MEIO

E NÃO DE RESULTADO. CULPA PROFISSIONAL NÃO DEMONSTRADA. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.

1. Eventual erro de diagnóstico, por si só, não é suficiente para a responsabilização do profissional pela reparação dos danos dele resultantes. Cumpre ao paciente provar que o profissional obrou com culpa.
2. Não restando provado nos autos o erro procedimental imputado, inexistente o dever de indenizar.

Como corolário, no apreciar dos casos postos em juízo, não raro são equiparadas as consequências da responsabilidade civil subjetiva às das obrigações de meio, e as da responsabilidade civil objetiva às das obrigações de resultado, embora isso não seja exato, como se infere da lição de Stoco (2004, p. 468).

Na obrigação de meio o contratado obriga-se a prestar um serviço com diligência, atenção, correção e cuidado sem visar um resultado. Na obrigação de resultado o contratado obriga-se a utilizar-se adequadamente dos meios, com correção, cuidado e atenção e, ainda, obter o resultado avençado.

Em ambas a responsabilidade do profissional está escorada na culpa, ou seja, na atividade de meios culpa-se o agente pelo erro de percurso, mas não pelo resultado, pelo qual não se responsabilizou. Na atividade de resultado culpa-se pelo erro de percurso e também pela não obtenção ou insucesso do resultado, porque este era o fim colimado e avençado, a *meta optata*.

No primeiro caso (obrigação de meio) cabe ao contratante ou credor demonstrar a culpa do contratado ou devedor. No segundo (obrigação de resultado) presume-se a culpa do contratado, invertendo-se o ônus da prova, pela simples razão de que os contratos em que o objeto colimado encerra um resultado, a sua não obtenção é *quantum satis* para empenhar, por presunção, a responsabilidade do devedor.

Entretanto, ainda antes de voltar a julgados do Tribunal de Justiça de Santa Catarina e do Superior Tribunal de Justiça acerca da responsa-

bilidade civil dos cirurgiões-dentistas diante de uma peça-chave do nosso estudo, que é o direito do consumidor, cumpre abordar um tema candente na órbita do dano moral.

3 DANO MORAL E DANO ESTÉTICO

É hoje sabido, do jurista e do leigo, que o dano moral é independente do dano material, e com ele cumulável. Assim sua incidência, assim seu ressarcimento. Mas nem sempre foi dessa forma. Na evolução da responsabilidade civil (à qual se reporta a grande massa dos doutrinadores), de larga trajetória, só no século XX passou-se a debater seriamente a autonomia do dano moral diante do dano mais visível, concreto, palpável, que é o dano material.

No Brasil, foi sob a firma do Presidente Hermes da Fonseca que se publicou o Decreto n. 2.681, de 7 de dezembro de 1912, o qual previa a responsabilidade das estradas de ferro em face dos usuários. Contemplaria, talvez, reparação por dano moral em seu art. 21:

No caso de lesão corpórea ou deformidade, à vista da natureza da mesma e de outras circunstâncias, especialmente a invalidez para o trabalho ou profissão habitual, além das despesas com o tratamento e os lucros cessantes, deverá pelo juiz ser arbitrada uma indenização conveniente.

Certo é que o Código Civil de 1916 – revogado em 2003 pelo atual – trazia hipóteses de reparação que não se coadunavam com o mero ressarcimento: art. 1.537 (pagamento pelo lesante, à família do ofendido, de despesas com funeral e luto da família); art. 1.547 (calúnia e difamação); art. 1.548 (mulher agravada); art. 1.549 (crimes de violência sexual); ou mesmo o art. 1.550 (ofensa à liberdade pessoal). Leite (1997, p. 33-35), ministro do Superior Tribunal de Justiça, registrou que de longa data a doutrina passou – na esteira do próprio Clóvis Beviláqua, principal artífice do Código de 1916 – a acatar com relativa tranquilidade o cabimento da

reparação por dano moral, conquanto a discussão continuasse a ser, de tempos em tempos, retomada nos tribunais brasileiros praticamente até às portas da Constituição de 1988. Isso ocorria principalmente quando se tinha em mente uma total desvinculação entre o dano moral e o dano material, caso ambos houvessem de fazer-se presentes em decorrência de um mesmo fato.

A Constituição Federal sepultou de vez qualquer resistência pretoriana ao decretar, em seu art. 5º, V: “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”. Lembre-se, contudo, que

admitir expressamente a indenização por dano moral, como fez a Constituição de 88, é bom que se diga, não constituiu algo inédito em nossa legislação. Já o tinham feito antes o Código Brasileiro de Telecomunicações, a Lei de Imprensa e a Lei dos Direitos Autorais, ainda que no plano da especialização (LEITE, 1997, p. 35).

Por sua vez, o Código Civil de 2003, neste tópico bastante restrito, apenas ressaltou que a geração de dano exclusivamente moral é apta a configurar o ato ilícito (art. 186).

Vistoriado o alicerce legal do dano moral, muito sobre ele poderia ser dito, mas o Desembargador Marcus Túlio Sartorato, no acórdão proferido no julgamento da Apelação Cível 2008.004222-2, de novembro de 2008, oferta útil apanhado. Dele transcreve-se a ementa, que ilustra com completude o caso versado, e o desfecho da subementa – o que nos interessa aqui:

RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. ALEGADA NULIDADE DA PROVA PERICIAL POR TER SIDO SUPOSTAMENTE PRODUZIDA DE FORMA UNILATERAL. INSUBSISTÊNCIA. RÉU QUE SE MANIFESTOU SOBRE TODOS OS ATOS RELATIVOS À PROVA TÉCNICA, TENDO INCLUSIVE APRESENTADO QUESITOS E MA-

NIFESTAÇÃO AO LAUDO PERICIAL. PROCEDIMENTO REALIZADO EM ESTREITA CONSONÂNCIA COM A LEGISLAÇÃO E EM RESPEITO AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. IRREGULARIDADE INEXISTENTE. PRELIMINAR AFASTADA. TRATAMENTO ORTODÔNTICO. SUBSTITUIÇÃO DE PRÓTESES DENTÁRIA. PROVA TÉCNICA QUE APONTA DE FORMA SEGURA E CONVINCENTE AS IRREGULARIDADES COMETIDAS PELO RÉU (DENTISTA) NO TRATAMENTO DO AUTOR. PINOS COLOCADOS EM TAMANHO INFERIOR AO RECOMENDADO, PRÓTESES DE MÁ QUALIDADE, OCASIONANDO A QUEDA DA DENTIÇÃO DO PACIENTE PERANTE TERCÉIROS. MÁ PRESTAÇÃO DO SERVIÇO CONFIGURADA. ATO ILÍCITO CARACTERIZADO. DEVER DE INDENIZAR INAFASTÁVEL. DANOS MATERIAIS. QUANTIA ARBITRADA DE ACORDO COM O ORÇAMENTO APRESENTADO (R\$ 8.900,00). VALOR NÃO IMPUGNADO. DANOS MORAIS FIXADOS EM R\$ 20.000,00. *QUANTUM* INADEQUADO PARA O CASO *SUB EXAMINE* FRENTE AOS PARÂMETROS DA CÂMARA EM SITUAÇÕES ANÁLOGAS. REDUÇÃO NECESSÁRIA NO CASO CONCRETO PARA R\$ 10.000,00 (DEZ MIL REAIS). INTELIGÊNCIA DO ART. 5º, X, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, DOS ARTS. 159 DO CÓDIGO CIVIL DE 1916 (CORRESPONDENTE AO ART. 186 DO CC/2002) 927 DO ATUAL CÓDIGO CIVIL E 14 DO CÓDIGO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR. SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

[...]

3. A indenização por danos morais – que tem por escopo atender, além da reparação ou compensação da dor em si, ao elemento pedagógico, consistente na observação pelo ofensor de maior cuidado de forma a evitar a reiteração da ação ou omissão danosa – deve harmonizar-se com a intensidade da culpa do lesante, o grau de sofrimento do indenizado e a situação econômica de ambos, para não ensejar a ruína ou a impunidade daquele, bem como o enriquecimento sem causa ou a insatisfação deste.

Advirta-se, todavia, que a abrangência do dispositivo constitucional, categórico, fez despertar quase de imediato uma indagação muito simples: ao assinalar “dano material, moral ou à imagem”, quis o constituinte promover uma terceira modalidade de reparação, por dano estético, ainda separada do dano moral? A resposta a essa pergunta é de fundamental importância para o presente estudo, pois as demandas por erro odontológico, ainda mais do que por erro médico, reiteradamente contêm dano estético.

Então, se não bastassem as peculiaridades do que foi exposto até o tópico anterior, só essa questão já seria merecedora de um olhar cuidadoso. Viu-se que o exame da natureza e dos limites do dano, ao menos na óptica jurídica, evoluiu a ponto de reconhecer o dano puramente moral. A partir daí, havendo notável pacificação, tomou lugar debate subsequente no sentido de perquirir se o dano puramente estético, não tendo reflexo patrimonial, pode fazer emergir reparação independente da do dano moral (ou cumulativa com ele).

Sobre dano estético esclarece Santos (2003, p. 343-344):

A alma apolínea é o ideal perseguido por todo ser humano. Por isso, a grande preocupação com a lesão aos valores estéticos, que aparece quando ocorre um ataque à integridade física que modifica aspectos da anatomia de alguém. A ofensa adquire especiosa particularidade porque a sociedade se curva à beleza e exige que seus integrantes sejam belos – segundo os padrões que impõe. [...] Sem embargo da existência social que impõe tenha a pessoa um corpo harmônico, o próprio ente humano deseja, para si mesmo e para uma boa convivência, uma porção de beleza. [...] Nesse sentido, o dano estético compreende todo o menoscabo, diminuição e perda da beleza física de uma pessoa; é uma alteração que se traduz em uma deterioração dessa harmonia corporal, propriedade dos corpos que os tornam agradáveis aos olhos de outras pessoas.

Ocorre que o ponto fulcral não está em saber se o dano à imagem (estético) é juridicamente relevante ou passível de reparação. A resposta só

pode ser positiva. A questão está em saber se podem surgir de um mesmo fato (*v.g.* uma deformidade maxilar) dano moral e dano estético. Para propugnar pelo máximo: um mesmo fato pode fazer emergir as três predições constitucionais (dano material, dano moral e dano estético), ou este último, neste caso, estará sempre subsumido no dano material (como no exemplo do ator ou modelo fotográfico, que fazem evidente uso econômico da própria imagem) ou no dano moral (na maioria dos casos)?

No início houve grande resistência, que parece perseverar até hoje, de por um mesmo fato reconhecerem-se as três modalidades de dano: material, moral e estético, como esclarece o instrutivo pronunciamento de Leite (1997, p. 37) a que temos referido:

Em tal contexto, surge uma outra questão relevante, que diz respeito ao dano estético. Consoante anota Wladimir Valler, a lesão estética pode ou não envolver um dano patrimonial, conforme provoque ou não um prejuízo suscetível de apreciação pecuniária. Certo, entretanto, que constitui modalidade de dano moral, daí ter decidido o Superior Tribunal de Justiça, em pelo menos duas oportunidades, sendo que num dos casos funcionei como relator (REsp nº 57824-8 -MG), que a indenização por dano estético não pode ser cumulada com a indenização por dano moral, sob o mesmo título. Não é possível deferir-se a última em razão unicamente da dor causada pela lesão estética.

Com o passar dos anos, vários tribunais abandonaram essa rigidez e abraçaram a vertente segundo a qual a cumulação é possível. O Tribunal de Justiça de Santa Catarina é um deles. O julgamento da Apelação Cível n. 2007.029339-0, relatado pelo Desembargador Sérgio Heil perante a Primeira Câmara de Direito Civil, em outubro de 2007, produziu a seguinte ementa:

APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO CONDENATÓRIA DE REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS, ESTÉTICOS E MORAIS. PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA AFASTADA. MÉRITO. PRETENSÃO DE EXCLUSÃO DA CONDENAÇÃO EM DANOS ESTÉTICOS, DIANTE DA

NÃO PERPETUIDADE DA LESÃO. DANOS CONSIDERÁVEIS (PERDA ÓSSEA E DENTES SAUDÁVEIS). DANO ESTÉTICO CARACTERIZADO. ENTENDIMENTO PACIFICADO ACERCA DA POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO DOS DANOS MORAIS, ESTÉTICOS E MATERIAIS. PLEITO PELA MINORAÇÃO DO *QUANTUM* INDENIZATÓRIO AFASTADO. OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. SENTENÇA MANTIDA. RECURSOS DESPROVIDOS.

Contudo, está bem viva a exegese mais tradicional, que entende que o dano estético ou se subsume no dano material ou no dano moral. No acórdão referente à Apelação Cível n. 2009.015642-1, julgada em agosto de 2009, o relator, Desembargador Sérgio Baasch Luz, assim registrou:

REEXAME NECESSÁRIO - DANOS MORAIS - IMPOSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO COM OS DANOS ESTÉTICOS - NECESSÁRIA ADEQUAÇÃO - DEVIDA MINORAÇÃO DO *QUANTUM* ARBITRADO A TÍTULO DE DANOS MORAIS - JUROS DE MORA A CONTAR DO EVENTO DANOSO E CORREÇÃO MONETÁRIA DE SEU ARBITRAMENTO (DANOS MORAIS) OU RESPECTIVO PREJUÍZO (DANOS MATERIAIS) - APLICAÇÃO DA TAXA SELIC - REMESSA PARCIALMENTE PROVIDA.

- No tocante a cumulação da indenização por dano estético e moral, diz-se que o primeiro é espécie do gênero do segundo e, desta forma, indenizado o dano moral, o estético está nele incorporado. Portanto, “Sem sombra de dúvida, o dano estético subsume-se no dano moral.” (AC n. 2006.042439-4, rel. Des. Vanderlei Romer, da Capital).

No entanto, a verdade é que está firmada a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de ser possível a cumulação de danos estéticos com os danos morais em relação ao mesmo fato, desde que ambos possuam fundamentos distintos, ou melhor, sejam concedidos a título diferente. No triste, mas nem por isso menos ilustrativo, acórdão proferido no julgamento do REsp. n. 910.794-RJ, em outubro de 2008, relatora a Ministra Denise Arruda, a Primeira Turma decidiu:

RECURSO ESPECIAL DE JPGB E OUTROS. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ERRO MÉDICO. HOSPITAL MUNICIPAL. AMPUTAÇÃO DE BRAÇO DE RECÉM-NASCIDO. DANOS MORAIS E ESTÉTICOS. CUMULAÇÃO. POSSIBILIDADE. *QUANTUM* INDENIZATÓRIO FIXADO EM FAVOR DOS PAIS E IRMÃO. RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. É possível a cumulação de indenização por danos estético e moral, ainda que derivados de um mesmo fato, desde que um dano e outro possam ser reconhecidos autonomamente, ou seja, devem ser passíveis de identificação em separado. Precedentes.

2. Na hipótese dos autos, em Hospital Municipal, recém-nascido teve um dos braços amputado em virtude de erro médico, decorrente de punção axilar que resultou no rompimento de veia, criando um coágulo que bloqueou a passagem de sangue para o membro superior.

3. Ainda que derivada de um mesmo fato – erro médico de profissionais da rede municipal de saúde –, a amputação do braço direito do recém-nascido ensejou duas formas diversas de dano, o moral e o estético. O primeiro, correspondente à violação do direito à dignidade e à imagem da vítima, assim como ao sofrimento, à aflição e à angústia a que seus pais e irmão foram submetidos, e o segundo, decorrente da modificação da estrutura corporal do lesado, enfim, da deformidade a ele causada.

4. Não merece prosperar o fundamento do acórdão recorrido no sentido de que o recém-nascido não é apto a sofrer o dano moral, por não possui capacidade intelectual para avaliá-lo e sofrer os prejuízos psíquicos dele decorrentes. Isso, porque o dano moral não pode ser visto tão-somente como de ordem puramente psíquica – dependente das reações emocionais da vítima –, porquanto, na atual ordem jurídica-constitucional, a dignidade é fundamento central dos direitos humanos, devendo ser protegida e, quando violada, sujeita à devida reparação.

5. A respeito do tema, a doutrina consagra entendimento no sentido de que o dano moral pode ser considerado como violação do direito à dignidade, não se restringindo, necessariamente, a

alguma reação psíquica (CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2007, pp. 76/78).

6. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 447.584/RJ, de relatoria do Ministro Cezar Peluso (DJ de 16.3.2007), acolheu a proteção ao dano moral como verdadeira “tutela constitucional da dignidade humana”, considerando-a “um autêntico direito à integridade ou à incolumidade moral, pertencente à classe dos direitos absolutos”.

[...]

8. Com essas considerações, pode-se inferir que é devida a condenação cumulativa do Município à reparação dos danos moral e estético causados à vítima, na medida em que o recém-nascido obteve grave deformidade – prejuízo de caráter estético – e teve seu direito a uma vida digna seriamente atingido – prejuízo de caráter moral. Inclusive, a partir do momento em que a vítima adquirir plena consciência de sua condição, a dor, o vexame, o sofrimento e a humilhação certamente serão sentimentos com os quais ela terá de conviver ao longo de sua vida, o que confirma ainda mais a efetiva existência do dano moral. Desse modo, é plenamente cabível a cumulação dos danos moral e estético nos termos em que fixados na r. sentença, ou seja, conjuntamente o *quantum* indenizatório deve somar o total de trezentos mil reais (R\$ 300.000,00). Esse valor mostra-se razoável e proporcional ao grave dano causado ao recém-nascido, e contempla também o caráter punitivo e pedagógico da condenação.

Do entendimento estampado na ementa transcrita, uniforme com outros muitos¹⁴, deriva a recente Súmula 387 do próprio Superior Tribunal de Justiça: “É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral”.

14 Confirmam-se por exemplo alguns julgados publicados no segundo semestre de 2009: REsp. n. 880.548-RJ, rel. Min. Aldir Passarinho Jr., j. 15-9-2009; AgRg no Ag n. 659.286-SP, rel. Des. Paulo Furtado, j. 23-6-2009; AgRg no REsp. n. 936.838-ES, rela. Mina. Denise Arruda, j. 18-6-2009.

4 RELAÇÃO DE CONSUMO NA PRÁTICA ODONTOLÓGICA

Não é pouco o que já foi escrito sobre responsabilidade civil dos médicos, ou aplicável aos erros médicos etc. Idêntico caminho percorre a responsabilidade civil dos dentistas, cada vez mais assíduos, nesse circuito, nos tribunais. Grande parte – a quase totalidade, em verdade – do que se diz aqui, aliás, aplica-se lá. Com efeito, talvez a diferença mais clamorosa seja o fato de que a prática odontológica é, ao contrário da prática médica em geral e quase sempre, voltada a fins estéticos¹⁵, o que a estriba firmemente às obrigações de resultado. A par dos conceitos basilares da responsabilidade civil, os quais, como se viu, aplicam-se em justa medida aos eventuais prejuízos causados por dentistas, há um último aspecto que não pode passar em branco: o Código de Defesa do Consumidor.

Theodoro Júnior (2001, p. 2) redigiu arrojado ensaio, em cujo introito expôs:

Depois da perplexidade dos primeiros tempos de vigência do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11.09.1990), em que se notava uma acentuada timidez dos órgãos judiciais para aplicar os novos princípios tutelares da parte vulnerável das relações de consumo, passou-se, nos últimos anos, a uma certa euforia na concessão de favores indiscriminados aos consumidores, nas ações de revisão e rescisão contratual.

Nessa linha vários julgados têm, *v.g.*, reconhecido a promissários-compradores inadimplentes o direito de impor a restituição ao promitente-vendedor do imóvel negociado, para forçar a recuperação das prestações pagas, ao simples pretexto de dificuldades pessoais do adquirente para cumprir as obrigações avençadas,

15 Não se negue que isso se deve, em grande parte à própria autocolocação dos dentistas no mercado, indubitavelmente com vistas no maior retorno pecuniário de sua atividade. Cartazes com lindos sorrisos são lugares-comuns nos consultórios odontológicos. A promessa de resultado aí embutida é clara. Ainda que assim não fosse, a realidade não é desconhecida de ninguém: é raro, para não dizer inexistente, haver paciente que se apresente ao dentista para “verificar sua saúde bucal”, como comumente os mesmos pacientes se apresentam aos médicos cardiologistas, por exemplo. O grande mercado, passado e presente, da Odontologia – infelizmente ou não (não é este nosso debate) – é a estética. De seu lado, o direito procura, idealmente, refletir a ordem social que o alimenta.

como desemprego, doença, congelamento ou redução de salário, desvalorização do imóvel, etc.

A indagação que se faz é se a tutela prevista no CDC seria tão ampla a ponto de anular as garantias tradicionais do contrato, despiando-o, por completo, de seu principal atributo, que é a força obrigatória, para relegar sua sorte, quase que exclusivamente, à força unilateral do consumidor. Qual seria, enfim, a dimensão do verdadeiro impacto da legislação protetiva do consumidor sobre o regime jurídico do contrato?

Como harmonizar, outrossim, o sistema especial das normas do direito de consumo não só com o regime contratual instituído pelo direito privado, mas também com o sistema econômico-social idealizado pela Constituição?

Não é difícil imaginar que de pronto tomou corpo a aplicação do Código de Defesa do Consumidor às ações propostas em desfavor de cirurgiões-dentistas para ressarcimento por danos provocados em tratamento dentário. O paciente odontológico facilmente se enquadra na categoria de consumidor¹⁶, e o dentista, na categoria de fornecedor¹⁷. O art. 4º do Código, aliás, refere-se expressamente à saúde como meta específica da Política Nacional das Relações de Consumo (materialização do comando inserto no art. 5º, XXXII, da Constituição Federal: “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”). Entre variadas regras prenunciadas no art. 6º¹⁸, avulta aquela do inciso VIII, como direito

16 Art. 2º do Código de Defesa do Consumidor: “Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo”.

17 Art. 3º do Código de Defesa do Consumidor: “Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços. § 1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial. § 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista”.

18 Tome-se nota do cardeal art. 6º: “São direitos básicos do consumidor: I - a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos; II - a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações; III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem; IV - a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas

básico do consumidor: “a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências”.

Veja-se o precedente do Superior Tribunal de Justiça gravado no julgamento do REsp. n. 122.505-SP, ainda de junho de 1998, relator o hoje falecido Ministro Menezes Direito:

RESPONSABILIDADE CIVIL. CIRURGIÃO-DENTISTA. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. RESPONSABILIDADE DOS PROFISSIONAIS LIBERAIS.

1. No sistema do Código de Defesa do Consumidor a “responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa” (art. 14, § 4º).

2. A chamada inversão do ônus da prova, no Código de Defesa do Consumidor, está no contexto da facilitação da defesa dos direitos do consumidor, ficando subordinada ao “critério do juiz, quando for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências” (art. 6º, VIII). Isso quer dizer que não é automática a inversão do ônus da prova. Ela depende de circunstâncias concretas que serão apuradas pelo juiz no contexto da “facilitação da defesa” dos direitos do consumidor. E essas circunstâncias concretas, nesse caso, não foram consideradas presentes pelas instâncias ordinárias.

3. Recurso especial não conhecido.

abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços; V - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas; VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos; VII - o acesso aos órgãos judiciários e administrativos com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção jurídica, administrativa e técnica aos necessitados; VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências; IX - (Vetado); X - a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral”.

Sem perder essas preocupações de vista, importa antes de mais nada fazer emergir o contido no art. 14 do Código de Defesa do Consumidor:

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

§ 1º O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:

I - o modo de seu fornecimento;

II - o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam;

III - a época em que foi fornecido.

§ 2º O serviço não é considerado defeituoso pela adoção de novas técnicas.

§ 3º O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar:

I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste;

II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

§ 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.

Vê-se, pois, um outro prisma jurídico que deve ser empregado no exame das causas previstas neste ensaio. Paralelamente ao já aventado (pressupostos da responsabilidade civil; responsabilidade civil contratual/negocial *versus* responsabilidade civil extracontratual/*stricto sensu*; responsabilidade civil subjetiva *versus* responsabilidade civil objetiva; obrigação de meio *versus* obrigação de resultado; verificação de culpa no erro odontológico etc.), o acatamento do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor mostra-se de rigor, porquanto – como já delineado – a relação entre paciente e dentista se acomoda com folga no relicário consumerista. O *caput* do art. 14 lança

marcas patentes de responsabilidade civil objetiva (“independentemente da existência de culpa”), o que sem muito esforço se amolda à exceção (à regra aquiliana, ou da responsabilidade civil subjetiva) imposta pelo parágrafo único do art. 927 do Código Civil, primeira hipótese, sem portanto sequer ser necessário aventar o cabimento da segunda hipótese: “Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

Há, também, no referido art. 14, em seu § 3º, a previsão das excludentes de responsabilidade, tão manuseadas pela jurisprudência (porque contínuas frequentadoras das contestações): “O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar: I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste; II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro”. Finalmente, a exceção (dentro da exceção que representa o § 4º) ao quadrado, pois o art. 14 já constitui exceção à regra geral aquiliana, para cujos braços retorna o § 4º: “A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa”.

Se não bastasse, há por assim dizer uma nova reviravolta. É que com essa especial prerrogativa, a partida teria números finais caso não fosse jogada coletiva e simultaneamente. Com efeito, para fechar o ciclo é inevitável redobrar o lance da distinção entre obrigação de meio e obrigação de resultado (tantas vezes aqui já exaltada), peculiaridade que torna as ocorrências (ou não) de erro médico (e mais ainda de erro odontológico) não raro verdadeiros metabolismos jurídicos, de marcada riqueza. Em Santa Catarina, ao julgar a Apelação Cível n. 2007.057588-3, em março de 2009, a Primeira Câmara de Direito Civil do Tribunal de Justiça, sob relatoria do Desembargador Joel Figueira Jr., gerou a seguinte ementa:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DO PROFISSIONAL LIBERAL (DENTISTA). CERCEAMEN-

TO DE DEFESA. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NA SENTENÇA. POSSIBILIDADE. PRELIMINAR AFASTADA. DOENÇA PERIODONTAL CRÔNICA. OBRIGAÇÃO DE MEIO. INEXISTÊNCIA DE ACOMPANHAMENTO RIGOROSO. INSUFICIÊNCIA E INADEQUAÇÃO DAS TÉCNICAS EMPREGADAS. DESENVOLVIMENTO DA DOENÇA PARA ESTÁGIO MAIS GRAVE. CULPA DO RÉU COMPROVADA. NEGLIGÊNCIA. DEVER DE REPARAR OS PREJUÍZOS MORAIS E MATERIAIS CAUSADOS, MESMO AQUELES MANIFESTADOS APÓS A PROPOSITURA DA DEMANDA. FATO SUPERVENIENTE VINCULADO ÀQUELE QUE DEU AZO A PROPOSITURA DA AÇÃO. EXEGESE DO ART. 462 DO CPC. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.

I – Não há momento específico para o Magistrado inverter o ônus da prova (art. 6.º, VIII, do CDC), sendo mais adequado, entretanto, por se tratar de regra de julgamento, que o faça na sentença. Assim, demonstrada a verossimilhança das alegações da Autora e, sendo ela hipossuficiente no tocante aos conhecimentos técnicos para o deslinde da questão, a inversão do ônus da prova no momento da prolação da sentença configura-se acertada, não havendo que se falar em cerceamento de defesa.

II – Na maioria das vezes a atuação dos cirurgiões-dentistas encerra obrigação de resultado, notadamente quando o procedimento realizado decorrer de especialidades como dentística restauradora, ortodontia, e implantodontia, e que visam, quase sempre, melhorias de ordem estética e fisiológica. Porém, *in casu*, resta caracterizada uma obrigação de meio, pois o tratamento objetivava a contenção de uma doença periodontal, não podendo o profissional garantir que a cura seria alcançada, em razão das limitações técnicas e da influência das condições pessoais da paciente.

III – O Réu, mesmo procurado inicialmente para corrigir problemas de estética bucal, ao diagnosticar a doença gengival da Autora, tinha o dever de acompanhar sua evolução, controlando-a por todos os meios disponíveis, pois ao profissional da saúde incumbe proceder ao tratamento de qualquer patologia constatada ou encaminhar o paciente a um profissional especialista,

devendo, em todos os casos, informá-lo e orientá-lo acerca das consequências da moléstia.

IV – Das provas carreadas nos autos, principalmente documental e pericial, fica evidente a negligência do Réu, ao deixar de fazer o acompanhamento radiográfico da situação dentária da Autora, limitando-se ao diagnóstico visual, quando é sabido, pelo que consta do processo, que a doença periodontal tem implicações na estrutura óssea, detectáveis apenas por meio de radiografias.

Desta forma, comprovada que a inexistência de um acompanhamento mais rigoroso contribuiu no desenvolvimento da doença para um estágio mais grave, resta configurada a responsabilidade civil do Réu e, conseqüentemente, o dever de reparar os danos materiais e morais suportados pela vítima.

V – 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 também como medida punitiva, pedagógica e inibidora. Servem de abalçamento para a quantificação da importância devida a título de danos morais, entre outros elementos, a dor física, o sofrimento e a angústia experimentadas pela vítima, afigurando-se equânime, portanto, o valor fixado pelo Magistrado *a quo*.

VI – Se, no decorrer do processo, surgem fatos novos merecedores de conhecimento do julgador, porquanto modificativos do direito do autor, pode o interessado, a qualquer tempo, juntar aos autos os respectivos documentos destinados à comprovação do alegado, conforme autorizado nos arts. 398 e 517 do CPC, mormente quando se afiguram entrelaçados diretamente com os fatos que deram azo à propositura desta demanda.

Assim, se novas despesas tiveram que ser suportadas pela Autora após a propositura da ação, no intuito de dar continuidade ao tratamento iniciado, tal fato deve ser conhecido e tomado em consideração, por se tratar de fato superveniente, nos moldes do disposto no art. 462 do CPC.

Já em abril de 2007, ao relatar o julgamento da Apelação Cível n. 2006.028217-4, também perante a Primeira Câmara de Direito Civil, o mesmo magistrado consignara:

Ao contrário do que ocorre com os serviços médicos em geral, a atuação dos cirurgiões-dentistas encerra obrigação de resultado, notadamente quando o procedimento realizado decorrer de especialidades como dentística restauradora, ortodontia, e implantodontia, e que visam, quase sempre, melhorias de ordem estética e fisiológica.

Nessa linha, deixando o tratamento dentário dessa natureza de atingir o escopo desejado e previamente definido pelo profissional da saúde com o seu paciente, responde o dentista, objetivamente, pelos danos causados à vítima (consumidor), salvo quando demonstrada, de maneira cabal, alguma causa excludente de responsabilidade civil (ocorrência de culpa exclusiva do consumidor, fato de terceiro, caso fortuito ou força maior), hipóteses não verificadas no caso em exame.

A imperícia dos réus está materializada na ausência de consecução dos resultados pretendidos com a colocação dos implantes e próteses dentárias, sendo facilmente aferível a dor, tanto física quanto moral, decorrente do doloroso e extenso tratamento a que a autora foi submetida e que não alcançou o seu desiderato, obrigando-a a realizar novo procedimento.

Para finalizar, cumpre enfatizar que a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, que ao incauto poderia evocar abstração ou ideal, tem, ao revés, incontáveis consequências práticas de relevo. Podem-se trazer à tona, num relance, as chamadas “cláusulas de não indenizar”, também chamadas de cláusulas de irresponsabilidade, ou excludentes de responsabilidade, conhecidas do grande público pelas placas indicativas em estacionamentos de estabelecimentos comerciais, e comumente inseridas nos instrumentos contratuais modernos. A parte isenta levanta o permissivo genérico do postulado *pacta sunt servanda*, pelo qual as partes têm direito de contratar o que e da forma que lhes convier, salvo se o estipulado ferir norma de ordem pública ou os bons costumes. De fato, elas têm esse direito. O Có-

digo, com efeito, vedou a convenção na esfera das relações de consumo. Em outras palavras, caso as partes adotem a cláusula de não indenizar, será tida como não escrita, pois sua essência é a renúncia a eventual direito de ressarcimento, ao passo que vai de encontro ao art. 25, *caput*: “É vedada a estipulação contratual de cláusula que impossibilite, exonere ou atenuie a obrigação de indenizar prevista nesta e nas seções anteriores”. Nesse diapasão repercute o art. 51, I, do mesmo diploma legal:

Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

I - impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos. Nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis.

Não obstante o rigor legislativo, as cláusulas de não indenizar são habitualmente frequentadoras dos hoje comuns contratos de prestação de serviços médicos (ainda raros na área odontológica). Kfourri Neto (2007, p. 99-100) argumenta¹⁹:

Tem-se tornado frequente, em alguns tratamentos médicos, especialmente cirúrgicos, a estipulação de cláusulas de irresponsabilidade, ou de não-indenizar. Tais cláusulas, por óbvio, nenhuma eficácia têm no âmbito do Direito Penal, visto que o *jus puniendi* do Estado é exercitado haja ou não interesse do particular. É no

19 O mesmo Kfourri Neto (2007, p. 101) traz à colação antigo julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo, cujo relator foi o hoje Ministro do Supremo Tribunal Federal Cezar Peluso: “Em dezembro de 1989, acórdão relatado pelo Des. Cezar Peluso considerou inoperante cláusula de não-indenizar, estipulada quando do internamento, a título gratuito, de paciente em sanatório psiquiátrico. O doente empreendeu fuga, durante a qual veio a morrer. O órgão julgador assentou que o dever de vigilância é inerente ao serviço principal oferecido, configurando-se culpa *in re ipsa*, sendo ineficaz a cláusula de irresponsabilidade. Haveria, no caso, presunção de culpa do estabelecimento ocorrendo dano ao incapaz, posto que o sanatório assume, ‘de modo axiomático, claro dever jurídico de vigilância dos pacientes que, acometidos de distúrbio psíquico ou psicossomático, careçam de vigilância alheia’. E finaliza o acórdão: ‘Todo dano à pessoa que, por seu estado físico ou psíquico, necessita de vigilância ou assistência, supõe inadimplemento do dever. De modo que, morrendo paciente – que, pelas condições psicopatológicas, devia estar sob vigilância ininterrupta – enquanto tentava fugir, a culpa é suposta *in re ipsa* e da conseqüente presunção só se livra o estabelecimento no caso em que se livraria o tutor ou curador, ou seja, se prova que não houve, de sua parte [ônus invertido], culpa ou negligência”.

domínio do Direito Civil que a questão se apresenta: seria válido que médico [ou dentista] e paciente estabelecessem pacto e que este, antes de iniciado o tratamento, renunciasse a exercitar qualquer ação civil de responsabilidade? A mesma indagação surgiria – segundo Casabona – quando se pretendesse apenas limitar o alcance de possível indenização.

Aguiar Dias responde à indagação, referindo-se ao dever dos médicos de empregar todos os meios a fim de obter a cura. A responsabilidade médica nasce de erro manifesto. Daí decorre que o médico, em certo grau, já goza de uma cláusula tácita de irresponsabilidade, na proporção da margem de erro tolerada pela imperfeição da própria ciência. Portanto, onde se poderia convenciona-la, ela já existe – e fora daí se verifica absoluta impossibilidade, pelo respeito devido ao ser humano. Demogue, isoladamente, sustenta a validade da cláusula no caso de manifestação formal do paciente, em operação que o médico julgue perigosa. O médico tem o dever de se recusar a praticar intervenção que sua consciência científica desaconselhe. Assim, se assentir à vontade do cliente, contrariando as regras técnicas da profissão, sempre incorrerá em responsabilidade.

Registre-se, por derradeiro, que as normas concebidas pelo Código de Defesa do Consumidor são de ordem pública, conforme explicitado no art. 1º, pelo que não podem, por consequência, ser afastadas pela vontade das partes: “O presente código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos arts. 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias”.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Há muito mais que perquirir acerca da responsabilidade civil dos cirurgiões-dentistas. Mesmo o que foi exposto nestas linhas não só merece como exige, em espaço e oportunidade mais dilatados, aprofundamento e reflexão. Um exemplo disso são as consequências advindas das profundas distinções práticas oriundas da distinção tradicional entre responsabilidade

civil negocial e responsabilidade civil em sentido estrito, ambas hipoteticamente cabíveis em ampla medida nos fatos e atos aqui descritos.

O leito é um só, mas o talvegue às vezes ilude: responsabilidade civil subjetiva *versus* responsabilidade civil objetiva; obrigação de meio *versus* obrigação de resultado; a culpa na prática odontológica; importância da prova pericial; a relação de consumo haurida da relação do paciente com o cirurgião-dentista; inversão do ônus da prova. A apreensão resultante dessa realidade – fora de dúvida complexa, notadamente para o médico e para o dentista, leigos em matéria jurídica – redundou no debate (e no mercado) do seguro médico, incipiente porém crescente, em função do qual profissionais de norte a sul do País têm sido assediados por corretores²⁰.

A preocupação nessa seara é antiga. O Código Civil de 1916 exibia o seguinte dispositivo: “Art. 1.545. Os médicos, cirurgiões, farmacêuticos, parteiras e dentistas são obrigados a satisfazer o dano, sempre que da im-

20 Depois de relatar as feições do sistema de saúde norte-americano e inventariar figuras particulares do sistema brasileiro, Kfourri Neto (2007, p. 30) investe por reconhecido campo minado: “O Prof. Genival Veloso de França, com a clarividência que o notabiliza, apregoa a *socialização do risco médico* como a solução ideal para se assegurar ao paciente lesado a justa recomposição patrimonial: ‘socializar o *risco médico*, no sentido de reparar civilmente o dano, é o único instrumento viável e suscetível de assegurar tranquilidade no exercício profissional e garantir uma reparação mais imediata e menos confrontante com o médico. É também uma forma de corrigir algumas distorções da medicina dita socializada, cada vez menos amistosa, cada vez mais hostil. A socialização do risco é a que melhor atende à justiça coletiva. Não se pode esconder o fato de que a medicina é a profissão que mais absorve os impactos das novas concepções sociais. Negar essa realidade, além de egoísmo, é colocar-se distante do presente. Esta é a única forma que dá ao responsável condições de responder pelo ônus do dano causado, quase sempre distante de suas reais possibilidades. Para o paciente, o sistema de seguro também significaria livrar-se de um processo penoso e confuso, a proteção contra a deficiência técnica, contra seus riscos e contra a eventual falibilidade do profissional. No entanto, esses seguros não podem nem devem, sob qualquer pretexto, ser feitos por empresas privadas. Devem, isto sim, realizar-se por uma instituição estatal ou pela própria classe médica; como, por exemplo, sob a responsabilidade da Associação Médica Brasileira, como mutualizadora ou como concessionária exclusiva do Estado’. Ao arremate desse capítulo de sua obra, ainda inédita, aponta o Prof. Genival as desvantagens e vantagens do seguro de responsabilidade civil do médico: ‘Desvantagens: 1. interfere negativamente na relação médico-paciente; 2. estimula os processos contra os médicos; 3. eleva os custos dos serviços médicos; 4. pode facilitar o erro médico; 5. facilita a indústria das indenizações; 6. fornece uma proteção aparente para o profissional; 7. cria um cenário cativo para o médico. Vantagens: 1. melhor modalidade de liquidação do dano; 2. melhor condição de liberdade e segurança no trabalho; 3. assegura o equilíbrio social e a ordem pública; 4. melhor forma de justiça social; 5. melhor forma de previdência propriamente dita; 6. livra médico e paciente de processos penosos e demorados; 7. evita explorações, ruínas, injustiças e iniquidades; 8. independe da situação econômica do causador do dano; 9. corrige o aviltamento patrimonial da vítima; 10. contribui com o *superavit* do sistema em programas de prevenção do dano; 11. estimula a solidariedade social; 12. tem falhas mas tem maior número de benefícios e vantagens; 13. corrige o fato de o paciente ser totalmente esquecido e o médico falsamente lembrado’ ”.

prudência, negligência, ou imperícia, em atos profissionais, resultar morte, inabilitação de servir, ou ferimento”. Já Beviláqua (1984 apud KFOURI, 2007, p. 78), o grande jurisconsulto da Primeira República, comentava a propósito:

O direito exige que esses profissionais exerçam a sua arte segundo os preceitos que ela estabelece, e com as cautelas e precauções necessárias ao resguardo da vida e da saúde dos clientes e fregueses, bens inestimáveis, que se lhes confiam, no pressuposto de que os zelem. E esse dever de possuir a sua arte e aplicá-la, honesta e cuidadosamente, é tão imperioso que a lei repressiva lhe pune as infrações.

Tanto ao médico como ao dentista o paciente – quase sempre leigo, quando não ignorante – fica entregue, porque lhe entrega a própria sorte. Daí, acima de tudo, o tratamento a um tempo sensível e árduo que o primeiro e, sobretudo, o segundo recebem da legislação, fato que tem semeado inquietação no meio, cujos integrantes passam a refletir sobre suas condutas e, principalmente, sobre as cautelas que um serviço de saúde dessa dimensão requer²¹.

21 São dignos de registro, por exemplo, os interessantes “10 mandamentos para uma prática médica e odontológica seguras” extraídos de “Guia prático para dentistas, médicos e profissionais da saúde”: “1. Crie e cultive uma relação de amizade e confiança com seu paciente, sendo sempre coerente e transparente em suas ações. 2. Seja organizado, mantendo todas as informações sobre seus pacientes adequadamente arquivadas e acessíveis. 3. Faça um exame clínico e uma anamnese completas e detalhadas, deixando clara a sua importância. 4. Registre todas as informações do paciente na ficha odontológica ou médica. 5. Escreva sempre de forma legível e evite rasuras. Tenha cópia de todos os documentos e exames pedidos ou fornecidos (como cópia da receita). 6. Comunique-se claramente com seu paciente, explicando-lhe detalhadamente cada procedimento, exame ou medicamento proposto e mantenha controle próximo quanto às suas expectativas sobre o resultado. Na dúvida, seja conservador ao falar sobre as chances de sucesso. Sempre que possível, complete suas colocações com materiais escritos explicativos. 7. Utilize um sistema de investigação (para o diagnóstico) e tratamentos odontológico ou médico adequado, através de uma rotina passo-a-passo, muito bem planejada. 8. Mantenha-se sempre atualizado em sua área de atuação (odontológica ou médica) e em relação à Medicina em geral. 9. Antes de executar qualquer procedimento, certifique-se pessoalmente de todos os cuidados (pessoais e materiais) foram tomados. 10. Peça sempre opinião de colegas e especialistas em caso de dúvida (principalmente em casos de diagnósticos mais complexos ou de interpretações diversas)” (ANTUNES, 2009).

6 REFERÊNCIAS

ANTUNES, Fernando Celso Moraes. O cirurgião-dentista frente à responsabilidade civil. *Ortodontia em revista*, Rio de Janeiro, 4. ed. Disponível em: <<http://www.ortodontiaemrevista.com.br/artigos/artigosresponsabilidade.htm>>. Acesso em: 2 nov. 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo regimental no agravo de instrumento n. 659.286-SP, da Terceira Turma. Relator: Desembargador Paulo Furtado (convocado), Brasília, DF, 23 de junho de 2009. *Diário da Justiça da União*, 4 ago. 2009.

_____. _____. Agravo regimental no recurso especial n. 501.640-RS, da Primeira Turma. Relatora: Ministra Denise Arruda, Brasília, DF, 14 de fevereiro de 2006. *Diário da Justiça da União*, 13 mar. 2003, p. 189.

_____. _____. Agravo regimental no recurso especial n. 936.838-ES, da Primeira Turma. Relatora: Ministra Denise Arruda, Brasília, DF, 18 de junho de 2009. *Diário da Justiça da União*, 5 ago. 2009.

_____. _____. Recurso especial n. 122.505-SP, da Terceira Turma. Relator: Ministro Menezes Direito, Brasília, DF, 4 de junho de 1998. *Diário da Justiça da União*, 24 ago. 1998.

_____. _____. Recurso especial n. 880.548-RJ, da Quarta Turma. Relator: Ministro Aldir Passarinho Jr., Brasília, DF, 15 de setembro de 2009. *Diário da Justiça da União*, 13 out. 2009.

_____. _____. Recurso especial n. 910-794-RJ, da Primeira Turma. Relatora: Ministra Denise Arruda, Brasília, DF, 21 de outubro de 2008. *Diário da Justiça da União*, 4 dez. 2008.

_____. _____. Súmula 387, da Segunda Seção. É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral, Brasília, DF, 26 de agosto de 2009. *Diário da Justiça da União*, 1º set. 2009.

DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1950. v. 1.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v.7.

KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do médico*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

LEITE, Paulo Roberto Saraiva da Costa. Dano moral no direito brasileiro. *Informativo jurídico da Biblioteca Min. Oscar Saraiva*, v. 9, n. 1, p. 33-39, jan./jun. 1997. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/20995/dano_moral_direito_brasileiro.pdf?sequence=1>. Acesso em: 5 nov. 2009.

MÚRIAS, Pedro; PEREIRA, Maria de Lurdes. Obrigações de meios, obrigações de resultado e custos da prestação. *Estudos em memória do Professor Doutor Paulo Cunha*, 2008. Disponível em: <http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/eMeiosResultado.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2009.

NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. v. 2.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Apelação cível n. 2006.028217-4, da Capital, Primeira Câmara de Direito Civil. Relator: Desembargador Joel Figueira Jr., Florianópolis, 10 de abril de 2007. *Diário da Justiça Eletrônico*, 22 jun. 2007.

_____. _____. Apelação cível n. 2007.029339-0, da Capital, Primeira Câmara de Direito Civil. Relator: Desembargador Sérgio Heil, Florianópolis, 2 de outubro de 2007. *Diário da Justiça Eletrônico*, 31 out. 2007.

_____. _____. Apelação cível n. 2007.057588-3, da Capital/Estreito, Primeira Câmara de Direito Civil. Relator: Desembargador Joel Figueira Jr., Florianópolis, 24 de março de 2009. *Diário da Justiça Eletrônico*, 15 abr. 2009.

_____. _____. Apelação cível n. 2007.064655-3, de Criciúma, Terceira Câmara de Direito Civil. Relator: Desembargador Fernando Carioni, Florianópolis, 4 de março de 2008. *Diário da Justiça Eletrônico*, 16 abr. 2008.

_____. _____. Apelação cível n. 2008.004222-2, de Balneário Camboriú, Terceira Câmara de Direito Civil. Relator: Desembargador Marcus Túlio Sartorato, Florianópolis, 11 de novembro de 2008. *Diário da Justiça Eletrônico*, 19 dez. 2008.

_____. _____. Apelação cível n. 2008.025741-4, de Itajaí, Terceira Câmara de Direito Civil. Relator: Desembargador Marcus Túlio Sartorato, Florianópolis, 9 de setembro de 2008. *Diário da Justiça Eletrônico*, 3 out. 2008.

_____. _____. Apelação cível n. 2008.064735-2, de Criciúma, Terceira Câmara de Direito Civil. Relator: Juiz Henry Petry Jr., Florianópolis, 16 de junho de 2009. *Diário da Justiça Eletrônico*, 17 ago. 2009.

_____. _____. Apelação cível n. 2009.015642-1, de Jaraguá do Sul, Primeira Câmara de Direito Público. Relator: Desembargador Sérgio Baasch Luz, Florianópolis, 21 de julho de 2009. *Diário da Justiça Eletrônico*, 25 ago. 2009.

SANTOS, Antônio Jeová. *Dano moral indenizável*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SILVA, Jorge Alberto Quadros de Carvalho. Responsabilidade civil objetiva: o Código Civil de 2002 e o Código de Defesa do Consumidor. *Buscalegis*. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/journals/2/articles/33252/public/33252-42294-1-PB.pdf>>. Acesso em: 5 nov. 2009.

STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Aspectos processuais da ação de responsabilidade por erro médico. *Revista Forense*, v. 349, jan./mar. 2000, p. 69-76.

_____. *Direitos do consumidor: a busca de um ponto de equilíbrio entre as garantias do Código de Defesa do Consumidor e os princípios gerais do direito civil e do direito processual civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

A RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA NAS AÇÕES DE FILIAÇÃO E O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA

Maurício Cavallazzi Póvoas*

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 Segurança jurídica. 3 Da filiação e do reconhecimento dos filhos. 4 As ações de filiação. 4.1 Ação de investigação de paternidade. 4.2 Da presunção e da impugnação (ou contestação) da paternidade. Ação negatória e ação anulatória de registro civil: distinções e legitimidade. 4.3 Ação de investigação/negatória de maternidade. 5 As ações de filiação e a coisa julgada. 6 Considerações finais. 7 Referências.

RESUMO

O presente artigo analisa a questão da relativização da coisa julgada em ações de filiação, confrontando-a, ou harmonizando-a, com a imprescindível segurança jurídica que deve pautar a vida em sociedade. Inicia-se com a explanação do que vem a ser segurança jurídica, bem como seu alcance e importância. Incursiona-se, posteriormente, por questões de cunho material e processual das ações de filiação e, por fim, mostra-se a tendência atual da doutrina e da jurisprudência acerca da possibilidade de relativizar a coisa julgada material em favor da busca da verdade real em ações de investigação e negação de paternidade e maternidade.

Palavras-chave: Segurança jurídica. Coisa julgada. Relativização.

* Juiz de Direito em Joinville. Especialista em Direito Processual Civil; mestrando em Ciência Jurídica pela Univali.

1 INTRODUÇÃO

O artigo 5º, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil estabelece que “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 [...]”. O mesmo artigo, em seu inciso XXXVI, prevê que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

Encerram os dispositivos alhures o que se denomina “princípio da segurança jurídica”, que, em resumo, é a garantia à sociedade de que seu direito será respeitado de acordo com o sistema jurídico vigente ou, no dizer de Nicolau Júnior (2005), é “o mínimo de previsibilidade necessária que o Estado de Direito deve oferecer a todo cidadão, a respeito de quais são as normas de convivência que ele deve observar e com base nas quais pode travar relações jurídicas válidas e eficazes”.

Para abordar o tema no presente artigo deixar-se-ão de lado o ato jurídico perfeito e o direito adquirido – citados no inciso XXXVI do art. 5º susotranscrito — e centrar-se-á na coisa julgada, conceituada pelo artigo 467 do Código de Processo Civil como “a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário”. Esse conceito, diga-se, aplica-se tão somente à coisa julgada *material*, que não se confunde com a formal, como se verá adiante.

De toda a forma, a coisa julgada, como representação do princípio da segurança jurídica, deveria, como estabeleceu o legislador, tornar *imutável e indiscutível* a decisão judicial.

Hodiernamente, no entanto, ganha corpo cada vez mais a chamada “relativização da coisa julgada”, que, como o nome já diz, é a possibilidade de rediscussão de matéria já decidida de forma “definitiva” pelo Judiciário,

ou seja, a “modificação do imutável” e a “rediscussão do indiscutível”, seusado o conceito do art. 467 do CPC.

É exatamente sobre essa aparente contradição entre segurança jurídica e relativização da coisa julgada que se tratará neste artigo, olhando-a, no entanto, exclusivamente pela ótica das ações de filiação.

2 SEGURANÇA JURÍDICA

A segurança jurídica para a vida em sociedade tem importância inegável. Ela confere, já se disse, previsibilidade e dá a certeza de que o sistema legal funciona como uma máquina azeitada, em que os deveres são exigidos mas os direitos são respeitados.

Borges (2002) dá a dimensão da importância da segurança jurídica ao doutrinar que:

A segurança jurídica pode ser visualizada como um valor transcendente ao ordenamento jurídico, no sentido de que a sua investigação não se confina ao sistema jurídico positivo. Antes inspira as normas que, no âmbito do direito positivo, lhe atribuem efetividade. Matéria a ser abordada pela Filosofia do Direito. Sob essa perspectiva, a investigação filosófico-jurídica incide sobre a ordenação jurídica positiva. Não coincide porém com ela. Porque a esta última só interessa a segurança jurídica enquanto valor imanente ao ordenamento jurídico. De conseguinte, a segurança jurídica é, sob este último aspecto, matéria de direito posto. Valor contemplado e consignado em normas de direito positivo.

Mas a segurança jurídica é um atributo que convém tanto às normas jurídicas, quanto à conduta humana, fulcrada em normas jurídico-positivas; normas asseguradoras desse valor – é já dizê-las informadas pela segurança jurídica. Nessa região normativa material contudo não costumam as normas positivas enunciá-la *tout court*, como se assim estivesse inspirado e formulado o princípio: “É assegurada a segurança jurídica”. Nesse enunciado, a segurança jurídica soaria quase como uma vã tautologia. Noutras palavras e mais claramente: a segurança postula, para

a sua efetividade, uma especificação, uma determinação dos critérios preservadores dela própria, no interior do ordenamento jurídico.

Carvalho (2002, p. 146), ainda falando sobre a segurança jurídica, diz que ela tem “um valor específico, qual seja o de coordenar o fluxo das interações inter-humanas, no sentido de propagar no seio da comunidade social o sentimento de previsibilidade quanto aos efeitos jurídicos da regulação da conduta”.

E arremata:

Tal sentimento tranquiliza os cidadãos, abrindo espaço para o planejamento de ações futuras, cuja disciplina jurídica conhecem, confiantes que estão no modo pelo qual a aplicação das normas do direito se realiza. Concomitantemente, a certeza do tratamento normativo dos fatos já consumados, dos direitos adquiridos e da força da coisa julgada, lhes dá a garantia do passado. Essa bidirecionalidade passado/futuro é fundamental para que se estabeleça o clima de segurança das relações (CARVALHO, 2002, p. 146).

No mesmo norte, assinala Silva (2004, p. 53):

A segurança jurídica é entendida como sendo um conceito ou um princípio jurídico que se ramifica em duas partes, uma de natureza objetiva e outra de natureza subjetiva. A primeira, de natureza objetiva, é aquela que envolve a questão dos limites à retroatividade dos atos do Estado até mesmo quando estes se qualifiquem como atos legislativos. Diz respeito, portanto, à proteção ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada. Diferentemente do que acontece em outros países cujos ordenamentos jurídicos freqüentemente têm servido de inspiração ao direito brasileiro, tal proteção está há muito incorporada à nossa tradição constitucional e dela expressamente cogita a Constituição de 1988, no art. 5º, inciso XXXVI.

A outra, de natureza subjetiva, concerne à proteção à confiança das pessoas no pertinente aos atos, procedimentos e condutas do Estado, nos mais diferentes aspectos de sua atuação.

Modernamente, no direito comparado, a doutrina prefere admitir a existência de dois princípios distintos, apesar das estreitas correlações existentes entre eles. Falam os autores, assim, em princípio da segurança jurídica quando designam o que prestigia o aspecto objetivo da estabilidade das relações jurídicas, e em princípio da proteção à confiança, quando aludem ao que atenta para o aspecto subjetivo. Este último princípio (a) impõe ao Estado limitações na liberdade de alterar sua conduta e de modificar atos que produziram vantagens para os destinatários, mesmo quando ilegais, ou (b) atribui-lhe conseqüências patrimoniais por essas alterações, sempre em virtude da crença gerada nos beneficiários, nos administrados ou na sociedade em geral de que aqueles atos eram legítimos, tudo fazendo razoavelmente supor que seriam mantidos.

[...]

Nessa moldura, não será necessário sublinhar que os princípios da segurança jurídica e da proteção à confiança são elementos conservadores inseridos na ordem jurídica, destinados à manutenção do *status quo* e a evitar que as pessoas sejam surpreendidas por modificações do direito positivo ou na conduta do Estado, mesmo quando manifestadas em atos ilegais, que possa ferir os interesses dos administrados ou frustrar-lhes as expectativas. Colocam-se, assim, em posição de tensão com as tendências que pressionam o Estado a adaptar-se a novas exigências da sociedade, de caráter econômico, social, cultural ou de qualquer outra ordem, ao influxo, por vezes, de avanços tecnológicos ou científicos, como os realizados, com impressionante velocidade, no decorrer do século XX.

É certo que o futuro não pode ser um perpétuo prisioneiro do passado, nem podem a segurança jurídica e a proteção à confiança se transformar em valores absolutos, capazes de petrificar a ordem jurídica, imobilizando o Estado e impedindo-o de realizar as mudanças que o interesse público estaria a reclamar. Mas, de outra parte, não é igualmente admissível que o Estado seja autorizado, em todas as circunstâncias, a adotar novas providências em contradição com as que foram por ele próprio impostas, surpreendendo os que acreditaram nos atos do Poder Público.

Se a segurança jurídica é assim tão fundamental, tem o gigantismo apregoado pela doutrina, não seria então impensável, sob qualquer argumento, sua violação ou mitigação, que é o que ocorre, em última análise, quando se fala em relativização da coisa julgada?

Ora, o Direito não é uma ciência exata. O caso concreto tem de ser apreciado levando-se em conta as suas peculiaridades. Se é certo que a segurança jurídica deve ser a regra quase absoluta, não se pode negar que, em determinadas hipóteses, quando o bem jurídico tutelado assim o justificar – como nos casos da ação de filiação –, não se pode descartar a verdade absoluta em nome de regras de direito processual, conforme se justificará adiante.

3 DA FILIAÇÃO E DO RECONHECIMENTO DOS FILHOS

Antes de ingressar especificamente na questão atinente à relativização da coisa julgada, urge, em razão da abordagem do tema principal, tentar trazer um breve esboço da filiação e do reconhecimento dos filhos conforme normas estampadas no Código Civil brasileiro.

O Código Civil regula a matéria nos artigos 1.596 a 1.617.

Inicia o legislador registrando que os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. Mais do que norma codificada, tal regra repete literalmente determinação constitucional prevista no art. 227, § 6º, da CF/88.

Reforçou-se – ainda que desnecessariamente – que já não mais se admite a inaceitável “classificação dos filhos” que antes era praticada em nosso país, fato que as legislações anteriores admitiam.

É que antes da Constituição Federal atual havia na legislação pátria, com abrigo também na doutrina e jurisprudência, “categorias” diversas de

filhos, conforme nascidos de pais casados, solteiros, com ou sem impedimento matrimonial, ou de relacionamentos extraconjugais. Monteiro (2004, p. 301) demonstra bem como eram classificados os filhos:

O Código Civil de 1916 estabelecia distinção entre filhos legítimos e ilegítimos. Filhos legítimos eram os nascidos de casal unido pelos laços do casamento. Quando os filhos não procedessem de justas núpcias, isto é, quando não houvesse casamento entre os genitores, se diziam ilegítimos.

Os filhos ilegítimos classificavam-se em naturais e espúrios. Eram havidos como naturais (*naturalis tantum*) quando nascidos de homem e de mulher entre os quais não existisse impedimento matrimonial (*ex soluto et soluta*); espúrios, quando nascidos de homem e mulher impedidos de se casarem na época da concepção.

Se o impedimento decorresse de parentesco próximo dos genitores, ou de afinidade, conforme enumeração constante do art. 183, n. I a V, do Código Civil de 1916, os filhos eram havidos como incestuosos; se o impedimento se relacionasse com a existência de casamento anterior de um dos genitores com outra pessoa e violação, destarte, do dever de fidelidade, os filhos eram tidos como adúlteros.

Desde a promulgação da Carta Magna de 1988¹, no entanto, foram formalmente banidas essas flagrantes discriminações denominacionais, de modo que caiu por terra a vexatória classificação dos filhos, o que, repito, foi reforçado no Código Civil/2002.

Prevê ainda o Código Civil casos em que é presumido que a concepção do filho tenha ocorrido na constância do casamento. Ao trazê-los, atualizou o legislador a nossa Lei Civil à realidade científica que vivemos. De fato, prevê o art. 1.597 do CC:

Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

1 Art. 227, § 6º, da CF/88: “Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.

I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;

II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;

III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;

IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;

V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

Os incisos I e II não carecem de maiores explicações, pela clareza.

O mesmo não ocorre com os incisos III, IV e V, que trazem termos técnicos que dificultam a compreensão.

Urge esclarecer, portanto, que:

As principais técnicas de reprodução assistida podem ser divididas em grupos: a inseminação artificial (homóloga ou heteróloga), a fecundação *in vitro* e as chamadas “mães de substituição”. Na inseminação artificial, técnica mais simples e antiga, na qual a fecundação se dá dentro do corpo da mulher, temos as técnicas de reprodução assistida homóloga e heteróloga. A reprodução assistida homóloga é aquela na qual o material genético empregado é proveniente do casal interessado na reprodução. Já a reprodução assistida heteróloga é aquela na qual há impossibilidade, do marido ou da esposa, de utilizar o seu material genético, e nesse caso é necessária a utilização de gametas de terceiros (doadores) para que ocorra a reprodução (PINTO, 2008).

É bom gizar, ainda, que os embriões excedentários, previstos no inciso IV susotranscrito, são aqueles resultantes da inseminação promovida artificialmente, mas não introduzidos no útero materno.

Se o art. 1.597 do CC traz hipóteses de presunção de paternidade, o art. 1.599 do mesmo diploma legal cuida de um caso em que essa presun-

ção pode ser ilidida. Assim, a prova da impotência do cônjuge para gerar, à época da concepção, ilide a presunção da paternidade. O art. 1.560 do CC, de outra banda, prevê que não basta o adultério da mulher, ainda que confessado, para ilidir a presunção legal da paternidade.

Cabe ao marido o direito de contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher, sendo tal ação imprescritível. No direito civil anterior havia prazos prescricionais. No atual não há, o que gerou inúmeras críticas da doutrina em razão da filiação socioafetiva.

O reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento é irrevogável e será feito: I - no registro do nascimento; II - por escritura pública ou escrito particular, a ser arquivado em cartório; III - por testamento, ainda que incidentalmente manifestado; IV - por manifestação direta e expressa perante o juiz, ainda que o reconhecimento não haja sido o objeto único e principal do ato que o contém.

O filho havido fora do casamento, reconhecido por um dos cônjuges, não poderá residir no lar conjugal sem o consentimento do outro.

São ineficazes a condição e o termo apostos ao ato de reconhecimento do filho.

As demais disposições dizem respeito diretamente às ações de filiação e serão mais bem esmiuçadas adiante.

4 AS AÇÕES DE FILIAÇÃO

Tem-se como importante, ainda, abordar os principais aspectos das ações de filiação, para que seja perfeitamente enquadrado o tema.

É o que se fará adiante.

4.1 Ação de investigação de paternidade

O ordinário é, logo após ser dado à luz um novo ser humano, o registro do recém-nascido no cartório competente, com a indicação do nome do pai e do da mãe.

O comum, no entanto, nem sempre ocorre.

Casos há – e eles são muitos – em que o menor é registrado apenas com indicação da genitora, sem que seja lançado o nome do pai. Nesses casos pode o filho, por si ou sua representante (ou assistente, se relativamente incapaz), manejar ação de investigação de paternidade.

Assumpção (2004, p. 113-114)expõe que:

O ato de perfilhar assumiu, com o sistema único de filiação consagrado pela Constituição Federal de 1988, um importante papel para fazer cumprir um dos fundamentos da República, que é o respeito à dignidade da pessoa humana, não permitindo que a criança fique sem pai declarado, procurando-se sempre identificá-lo para lhe atribuir a responsabilidade da paternidade.

Na vigência da Constituição Federal de 1988 foi editada a Lei n. 8.069/90 (ECA), que contemplou, em seu art. 27, o reconhecimento do estado de filiação como direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, ressaltando ainda mais a importância do estabelecimento do vínculo genético.

Nesse quadro, sempre que o reconhecimento não ocorra de forma voluntária, cabe ao interessado promover a ação de estado, denominada “investigação de paternidade”.

A preocupação do texto direciona-se para o reconhecimento forçado da paternidade. A busca judicial do pai visa à declaração da existência de uma relação jurídica de parentesco, ou seja, a relação paterno-filial consangüínea.

A ação de investigação de paternidade é concebida como ação de estado. O estado da pessoa é seu modo particular de existir, sua condição individual na sociedade, da qual derivam direitos e obrigações. Aquela ação visa acertar o estado da pessoa, seja para

afirmá-lo, quando ela não lhe está na posse, seja para contestá-lo, quando um terceiro quer privá-la das vantagens de um estado em que se encontra, sem a ele ter direito.

Sob a égide do Código Civil de 1916, a ação de investigação de paternidade era restrita aos “filhos ilegítimos de pessoas que não caibam no art. 183, I a VI” do mesmo diploma legal. Tal discriminação caiu por terra com a entrada em vigor da Constituição de 1988, como bem destaca José Bernardo Ramos Boeira, citado por Assumpção (2004, p. 115) :

A constituição tem como fundamento (art. I, III) a dignidade da pessoa humana, e sob este prisma teve orientado todo o sistema da filiação, visando ao maior interesse do menor, razão pela qual a atividade hermenêutica deve afastar todas as restrições e obstáculos impostos pelo Código Civil, na busca da paternidade verdadeira, não só informada por critérios biologists, mas, sobretudo, hierarquizando os valores que sustentam a paternidade socioafetiva, caracterizada na posse de estado de filho.

[...]

No sistema jurídico vigente, não pode mais o julgador entender que a investigação de paternidade está assentada somente nos fatos determinados no art. 363 do Código Civil, encerrando assim *numerus clausus*. Ao contrário, deverá, sempre que possível, compatibilizar as verdades jurídica, biológica e sociológica, hierarquizando sobretudo esta, estampada na posse de estado de filho.

Com a entrada em vigor do Código Civil atual, tal discriminação foi extirpada definitivamente do texto legal, estatuinto o art. 1.605 que, “na falta, ou defeito, do termo de nascimento, poderá provar-se a filiação por qualquer modo admissível em direito: I — quando houver começo de prova por escrito, proveniente dos pais, conjunta ou separadamente; II - quando existirem veementes presunções resultantes de fatos já certos”.

Rizzardo (2005, p. 454) esclarece:

O Código Civil atual não coloca qualquer óbice à investigação, como se extrai do art. 1.605 (art. 349 da lei civil de 1916),

embora a redação seja imperfeita, e parece exigir um começo de prova por escrito ou veementes presunções [...].

Na verdade, está garantido o reconhecimento forçado da paternidade ou da maternidade, não se podendo condicionar a ação ao começo de prova escrita ou a veementes presunções resultantes de fatos já certos. Se a pessoa ingressa com a lide, tem ela motivos de convicção para tanto. Sendo a prova buscada através do exame de DNA, ou qualquer outro meio técnico, não é necessário que já venha algum começo de prova ou elemento que enseje veemente presunção. Assim, poderá provar-se a filiação por qualquer modo admissível em direito, o que se fará no curso da instrução, sem a necessidade de prévio começo de prova ou de veementes presunções.

A legitimidade ativa para propor ação de investigação de paternidade está expressa no art. 1.606 do Código Civil, que estabelece que “a ação de prova de filiação compete ao filho, enquanto viver, passando aos herdeiros, se ele morrer menor ou incapaz”.

Venosa (2005, p. 285-286) explica:

São legitimados ativamente para essa ação o investigante, geralmente menor, e o Ministério Público. O nascituro também pode demandar a paternidade, como autoriza o art. 1.609, parágrafo único (art. 26 do Estatuto da Criança e do Adolescente, repetindo disposição semelhante do parágrafo único do art. 357 do Código Civil de 1916). Nos termos do art. 227, § 6º, da Constituição de 1988, os filhos têm ação contra os pais ou seus herdeiros, para demandar-lhes o reconhecimento da filiação. Trata-se, como vimos, de direito personalíssimo, indisponível e imprescritível. [...]

A legitimação extraordinária atribuída ao Ministério Público decorre da Lei nº 8.560/92, quando, no procedimento de averiguação inoficiosa, o pai indicado não responde à notificação em 30 dias ou nega a paternidade. Essa lei continua em vigor no que não conflitar, até que sofra adaptação ao mais moderno Código Civil. Se o Ministério Público tiver elementos suficientes, deverá propor a ação. Trata-se de substituto processual, conforme o art. 6º do CPC. O Ministério Público propõe a ação de investigação

em nome próprio, para defender interesse alheio, ou seja, o do investigador.

Somente para registro, impende destacar que Rizzardo (2005, p. 456), com apoio em Carvalho Santos, discorda da tese de que o nascituro pode demandar investigação de paternidade. Esse entendimento, no entanto, parece ir na contramão da tendência atual de garantir todos os direitos possíveis ao nascituro, tanto que editada recentemente a lei² que garante os chamados alimentos gravídicos, que outra função não tem a não ser a de albergar direito daquele que já foi concebido mas ainda não nasceu.

Se é certo que a legitimidade ativa só é conferida ao filho, não é demais lembrar que o parágrafo único do artigo 1.606 do CC estabelece que, “se iniciada a ação pelo filho, os herdeiros poderão continuá-la, salvo se julgado extinto o processo”.

Assim, se o filho detonou a ação e vem posteriormente a falecer, os herdeiros podem continuá-la sem nenhum problema.

Diniz(2006, p.1.310), sobre o tema, doutrina:

Se o filho vier a falecer sem ter iniciado a ação de prova de sua filiação, sendo maior e capaz, seus herdeiros não poderão vindicar um estado que o finado, por alguma razão pessoal não quis sustentar. Mas se em vida ele já havia dado início a referida ação, vindo a morrer durante o andamento do processo, seus herdeiros, por terem legítimo interesse econômico e moral, estarão autorizados legalmente a dar continuidade à ação, exceto se tiver ocorrido a extinção do processo (p. ex., por desistência, finalização sem julgamento do mérito etc.).

A parte passiva da ação de investigação de paternidade, obviamente, é o suposto pai ou os supostos pais, pois, como adverte Rizzardo (2005, p. 461):

2 Lei n. 11.804, de 5 de novembro de 2008, que disciplina o direito a alimentos gravídicos e a forma como ele será exercido e dá outras providências.

No caso de se investigar a paternidade, se a mãe teve uniões com dois ou mais homens em época concomitante, e ignorando com qual concebeu, pensa-se que está habilitado o filho a promover a ação, ao mesmo tempo, contra todos. Requererá a prova pericial em todos, evidentemente por meio de exame do sangue pelo sistema DNA. Justificará a viabilidade de qualquer um deles ser o pai, dadas as relações havidas em momento que circundou o tempo da concepção. Melhor justifica Zeno Veloso: "Tendo a mãe coabitado com vários homens durante o tempo possível da concepção do filho, a ação de investigação de paternidade pode ser intentada, separada ou conjuntamente, contra os mesmos. Se vários podem ser o pai da criança, embora, é claro, só um deles o seja; realmente, até pelo princípio da economia processual, não há razão para que se intentem ações sucessivas, uma depois da outra, contra os pais potenciais, sendo conveniente e útil consolidar a discussão num só processo, tornando mais seguro o contraditório, facilitando a defesa, a produção de provas, enfim, a busca da verdade".

Também podem figurar no polo passivo da ação de investigação de paternidade os herdeiros de suposto pai falecido, conforme lembra Venosa (2005, p. 286):

Deve figurar no pólo passivo da ação o indigitado pai ou seus herdeiros. Atente-se: o espólio não tem legitimidade passiva nessa hipótese. A mãe não é, em princípio, parte legítima para figurar no pólo passivo, pois sua meação não será atingida com o reconhecimento. Participará ela como representante ou assistente do filho menor. Todavia, se o pai apontado não deixar descendentes ou ascendentes, sua mulher será herdeira: nesse caso, deve figurar no pólo passivo da ação, pois a sentença de procedência repercutirá em seu patrimônio.

Neste último caso citado por Venosa, qual seja, da mãe do menor figurar no polo passivo da ação investigatória, imprescindível será a nomeação de curador especial, nos moldes do art. 9º, inciso I, do Código de Processo Civil.

Não obstante as partes passivas serem o genitor (ou genitores) ou seus herdeiros, certo é que qualquer pessoa que tenha justo interesse pode contestar a ação de investigação de paternidade ou maternidade.³

Importante questão diz respeito à possibilidade, ou não, de desistir da ação de investigação de paternidade. Na realidade, o filho maior, como titular da ação, pode dela desistir livremente. O mesmo não ocorre com relação ao filho menor. É que não tem a representante do suposto filho menor poderes para desistir da ação já aforada e, mostrando-se desidiosa, deve o juiz nomear à criança ou ao infante curador especial ou, ainda, pode o Ministério Público prosseguir na ação.

Dias (2006, p. 336)ressalta:

Proposta a ação investigatória de paternidade, e sendo o autor maior de idade, não há óbice a que venha dela desistir, o que enseja a extinção do processo sem resolução do mérito (CPC 267 VIII). Tal não implica, contudo, em renúncia ao direito, tanto que pode o desistente, a qualquer momento, intentar nova ação. No entanto, proposta a demanda por menor de idade, representado ou assistido pela mãe (CPC 8º), inexistente a possibilidade de desistência. Como a genitora apenas representa o filho, eventual pedido nesse sentido evidencia falta de zelo pelo interessada criança, a subtrair a possibilidade de continuar a representá-la em juízo. Nessa hipótese, cabe a nomeação de um curador especial para prosseguir a ação em nome do autor. Como o Ministério Público tem legitimidade para propor ação investigatória (L 8.560/1992 2º § 4º), também o tem para dar seguimento à ação, como substituto processual, quando houver desídia da representante do investigador.

Ao final, giza-se que sentença que julgar procedente a ação de investigação poderá ordenar que o filho se crie e eduque fora da companhia dos pais ou daquele que lhe contestou essa qualidade.

3 Art. 1.615 do Código Civil.

4.2 Da presunção e da impugnação (ou contestação) da paternidade. Ação negatória e ação anulatória de registro civil: distinções e legitimidade

O Código Civil, nos artigos 1.597a 1.602, regula a matéria referente à presunção de paternidade e, ainda, define quando e por quem tal presunção pode ser contestada.

Dispõe, efetivamente, o artigo 1.597 que:

Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;

II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;

III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;

IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;

V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

Ao comentar a norma, Pereira (2004, p. 316-317) diz:

Em princípio, o momento determinante da paternidade do filho é o da concepção. Cumpre então fixar esse momento, provando-se quando a concepção teve lugar.

Embora a ciência moderna disponha de meios para determinar com precisão de poucos dias de diferença a data em que se deu a concepção, o direito se vale ainda aqui de um jogo de presunções.

Por isso, já foi dito que, colocado o problema no plano social, por muito tempo vigorou como verdade que “a filiação é objeto de crença e não de ciência”. Admitindo como filho aquele concebido na constância do matrimônio, a lei estabelece, com

base na observação e nas probabilidades, os termos máximo e mínimo de uma gestação: trezentos dias e cento e oitenta dias, respectivamente.

Para o direito, a paternidade deixa de ser objeto de investigação científica, assumindo as condições de uma aceitação. E enuncia o artigo que se presume concebido na constância do casamento, o filho nascido cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal. Não se conta o prazo da data das núpcias, porque motivos vários podem distanciar dela a convivência efetiva, como sejam uma doença, o afastamento, uma razão qualquer que a impossibilite. Não cabe discutir se, sob o aspecto biológico, o prazo de cento e oitenta dias é bastante para uma gestação a termo. A lei o institui *in favore legitimitatis*, porque a Medicina Legal aponta casos, posto que raros, de um nascimento nesse prazo, e o que o direito pretende é evitar discussões, às mais das vezes estéreis, em torno de assunto que mais fere a moral e o decoro doméstico do que as conveniências científicas.

Partindo de que o período normal de gravidez é de 270 dias, mas que, em casos excepcionais, pode restringir-se a seis, ficou estabelecido que se presume filho aquele “nascido 180 dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal” (inciso I do art. 1.597).

Admitindo-se, por outro lado, que não é provável um período de gestação maior de trezentos dias, a lei presume concebido na constância do casamento o filho que venha a nascer dentro desse prazo, computado a partir de quando a sociedade conjugal se dissolveu, pela morte do marido, pelo decreto anulatório, ou pela separação judicial, no pressuposto de que aí cessou a convivência (inciso II do art. 1.597).

Esta presunção institui-se a favor do filho e não contra ele: assim, se ficar cientificamente provado que a gravidez anormalmente se estendeu além de 300 dias, ou se antecipou para menos de 180, não se excluirá a paternidade.

Se o casamento se contraiu por procuração, o prazo se haverá de computar a partir de quando se estabeleceu a “convivência conjugal”, e não do dia em que as núpcias foram celebradas.

Atente-se, no entanto, à ressalva constante do artigo 1.598 do Código Civil, que estatui:

Salvo prova em contrário, se, antes de decorrido o prazo previsto no inciso II do art. 1.523, a mulher contrair novas núpcias e lhe nascer algum filho, este se presume do primeiro marido, se nascido dentro dos trezentos dias a contar da data do falecimento deste e, do segundo, se o nascimento ocorrer após esse período e já decorrido o prazo a que se refere o inciso I do art. 1597.

Os incisos III, IV e V do art. 1.597 do Código Civil encerram inovação legislativa, já comentada de passagem em tópico anterior, trazendo casos de presunção de paternidade quando a concepção se dá com o auxílio de técnicas de reprodução científicas. Tais incisos preceituam que se presumem concebidos na constância do casamento os filhos havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido; havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga; e havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

Dias (2006, p. 302) explica com detalhes:

A enorme evolução – verdadeira revolução – ocorrida no campo da biotecnologia acabou produzindo reflexos nas estruturas familiares, especialmente em face do surgimento das novas formas de filiação. Os avanços tecnológicos na área da reprodução humana emprestaram significativo relevo à vontade, fazendo ruir todo o sistema de presunções da paternidade, da maternidade e da filiação. Ainda assim, presume a lei como concebidos na constância do casamento os filhos (CC 1.597): III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido; IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga; e V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que exista prévia autorização do marido. Tímida foi a incursão do legislador, estabelecendo presunções de filiação somente nas hipóteses de inseminação artificial. Regulamentação tão acanhada encontra como justificativa não estar o tema suficientemente

amadurecido, trazendo problemas altamente técnicos, que ficam mais bem acomodados em lei especial.

As expressões “fecundação artificial”, “concepção artificial” e “inseminação artificial” incluem todas as “técnicas de reprodução assistida” que permitem a geração de vida, independentemente do ato sexual, por método artificial, científico ou técnico. A fecundação, resultante de reprodução medicamente assistida, é utilizada em substituição à concepção natural, quando houver dificuldade ou impossibilidade de um ou de ambos de gerar. São técnicas de interferência no processo natural, daí o nome de reprodução assistida. Chama-se de concepção homóloga quando decorre da manipulação de gametas masculinos e femininos do próprio casal. Procedida à fecundação *in vitro*, o óvulo é implantado na mulher, que leva a gestação a termo. Na inseminação heteróloga, utiliza-se o esperma de um doador fértil. Ocorrendo a concepção com material genético de outrem, o vínculo de filiação é estabelecido com a parturiente. Sendo ela casada, o marido será o pai, por presunção legal, se consentiu com a prática.

Os embriões concebidos por manipulação genética, e que não foram implantados no ventre de uma mulher, são chamados de embriões excedentários. De modo geral, no procedimento de fertilização são gerados vários embriões, sendo levadas a efeito diversas tentativas de concepção. Os embriões descartados e não utilizados permanecem armazenados na clínica que levou a efeito a fertilização.

Vimos que o Código Civil traz em seu bojo os casos de presunção de paternidade. Questiona-se: é possível ilidir tal presunção?

A resposta é positiva.

É cediço que a presunção de paternidade prevista no art. 1.597 do Código Civil é *juris tantum*, ou seja, admite prova contrária. A prova, em casos tais, deve ser colhida em ação negatória de paternidade ou em ação anulatória de registro civil. São distintas essas ações, apesar de comumente serem confundidas.

Caixeta (2005) faz a distinção:

Primeiramente, no que tange ao cabimento da ação há de se observar que a Ação Anulatória do Registro da Paternidade se fundamenta na ocorrência de vício formal do ato registral, não se confundindo com a demanda negatória, que tem por substrato vício material. A demanda negatória de filiação é exercitável para impugnar a legitimidade da filiação. Já na ação anulatória do registro visa o pai registral a possibilidade de buscar desconstituir o registro de nascimento, mesmo que o tenha levado a efeito, trazendo por fundamento ou a ocorrência de erro formal no assento de nascimento ou a ocorrência de vício do consentimento quando do registro, como, *v.g.*, quando o pai registral procedeu ao registro mediante fraude, tendo sido induzido em erro, não sendo sabedor da circunstância de não ser o pai biológico da criança gerada por sua esposa ou companheira. Exemplo esse que se coaduna com o caso em tela.

Assim, ainda que em ambas as demandas o pedido seja o mesmo, ou seja, o fim do vínculo parental, a causa de pedir de cada uma é distinta. Portanto, manejada a Ação Negatória de Paternidade, o efeito secundário é a desconstituição do registro. Proposta a Ação Anulatória do Registro de Nascimento, apenas inverte-se a relação de causa e efeito, apesar de o resultado final ser rigorosamente o mesmo. Ademais, ambas ações não podem ser usadas em caráter subsidiário.

O mesmo autor (CAIXETA, 2005) apoia sua tese em julgados pátrios:

Essa questão que durante algum tempo atormentou os Tribunais agora se encontra pacificada no sentido de não permitir que se confunda a Ação Anulatória do Registro de Nascimento com a Negatória de Paternidade. Senão vejamos:

“AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE E ANULATÓRIA DE REGISTRO. Não se confundem ambas as demandas, que dispõem de diversos fundamentos e distintas causas de pedir. O simples fato de ter a inicial as nominado como ações cumuladas não permite reconhecer tenha o autor desferido pedido alternativo eventual. Rejeitada a ação negatória de paternidade pelo reconhecimento da prescrição, descabe determinar o pros-

seguimento da anulatória do registro, que não dispõe de prazo prescricional. Embargos acolhidos. (Embargos Infringentes nº 70001919414 – 4º Grupo de Câmaras Cíveis – Sapucaia do Sul)”.

“AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE - AÇÃO DE ANULAÇÃO DE REGISTRO DE NASCIMENTO - DISTINÇÕES - Distinguem-se a ação anulatória de registro de nascimento, ou de impugnação de legitimidade, da negatória porque, nesta última, há exercício de direito personalíssimo do marido, visando a ilidir a presunção *pater is est quem nuptiae demonstrant*, enquanto a primeira, embora também ação de estado, visa a desconstituir falsidade ideológica constante de registro público, decorrente de erro ou falsidade. Apelo provido para reformar a sentença que acolheu a decadência. (TJRS - AC 595.114.117 - 7ª C. Cível - Rel. Paulo Heerd - J. 01.11.1995)”.

“PRESCRIÇÃO - Anulação de registro de nascimento. Interesse econômico do autor. Ação de estado. Imprescritibilidade. Registro Civil. Assento de nascimento. Falsidade ideológica. Inaplicabilidade dos arts. 344 e 178, § 3º, do CC. Ação anulatória que pode ser intentada por qualquer interessado. (TJSP - AI 116.033-1 - 7ª C - Rel. Des. Godofredo Mauro - J. 06.09.1989) (RJTJESP 123/295) (RJ 161/81)”.

Portanto, seja pela ação negatória, seja pela ação de anulação de registro, pode aquele que tem algum filho registrado em seu nome opor-se ao que consta no registro.

Como o tema deste artigo é a filiação e como na ação de anulação de registro – já se viu alhures – mais importa o documento público do que propriamente a relação filial, deve ater-se este capítulo mais à ação negatória de paternidade do que à anulatória.

Dower (2004, p. 170) define que “A ação negatória de paternidade tem por finalidade contestar a legitimidade do filho concebido na constância do casamento ou no período de concepção presumida pela lei, em que o pai se insurge contra a paternidade que lhe é atribuída”.

De fato, se a ação de investigação de paternidade, como se viu, objetiva descobrir quem é o genitor de menor cujo nome do pai não consta do registro de nascimento, a ação negatória, ao revés, tem como fim averiguar se aquele que consta do registro de nascimento – ou que a lei, por determinação legal, presume ser pai — é mesmo o genitor.

O próprio legislador ordinário tratou de deixar bem clara a relatividade da presunção de paternidade ao estatuir, no artigo 1.599 do Código Civil, que a prova da impotência do cônjuge para gerar, à época da concepção, ilide tal presunção. Assim, mesmo que o nascimento tenha-se dado naquelas circunstâncias em que a paternidade é presumida, ela cai por terra se o suposto pai provar que era impotente para gerar na época da concepção.

Mas não é somente no caso do artigo 1.599 do CC que a presunção é ilidida. Há diversas outras hipóteses que autorizam o ajuizamento de negatória de paternidade. Não é, nesse particular, taxativo o Código Civil.

Por exemplo, pode o marido provar que a mulher era infiel na época em que o suposto filho foi concebido. Se é certo que “não basta o adultério da mulher, ainda que confessado, para ilidir a presunção legal da paternidade”⁴, não menos certo é que poderá ficar provado, inclusive por exame de DNA, que, mesmo sendo o suposto pai marido da mãe do menor, ele não é o genitor, o que derruba a presunção legal.

Fachin (2005, p. 85), em reforço, comenta:

Em síntese, a paternidade presumida pelo direito brasileiro, de natureza relativa, dos filhos tidos na constância do casamento, pode ser impugnada em algumas circunstâncias, nas quais o proponente pode provar: a) que o marido se achava fisicamente impossibilitado de coabitar com a mulher nos primeiros cento e vinte e um dias, ou mais, dos trezentos que houverem precedido ao nascimento do filho, tempo razoável para mensurar o possível

4 Art. 1.600 do Código Civil.

período da concepção da criança; b) que a esse tempo estavam os cônjuges separados de fato, o que abarca a hipótese de distanciamento conjugal devido à prestação de serviços militares, bem como a situação de separação de corpos; c) que houve adultério, desde que presentes os elementos acima apontados, caso em que seria aceita apenas como prova complementar; d) que se encontra acometido de impotência; e) que não havia possibilidade de ter ocorrido fertilização *in vitro* ou inseminação artificial homóloga, já que nunca foi doador de sêmen.

Viu-se, anteriormente, que a ação de investigação de paternidade é imprescritível. Pergunta-se: o mesmo ocorre com a ação negatória de paternidade?

A resposta é positiva, até por disposição expressa no artigo 1.601 do Código Civil.

No tocante à legitimidade ativa, o Código de 1916, em seu artigo 344, previa ser privativamente do marido o direito de contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher. A palavra *privativamente* foi excluída do texto legal, de sorte que, como adverte Dias (2006, p. 324), após tecer críticas ao novo texto do Código Civil:

De qualquer forma, a omissão do legislador tem de ter significado, não cabendo impor limite que não mais consta da lei. Não é possível sequer invocar impedimento processual (CPC 6º): ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio. Existem legitimações extraordinária, e terceiros, comprovando interesse jurídico, podem vir a juízo em nome alheio.

Rizzardo (2005, p. 428-429) atribui a legitimidade ativa só ao marido. Diz ele:

Ao marido reconhece-se a titularidade porque diretamente interessado. A iniciativa depende de sua sensibilidade íntima, ou de sua capacidade de absorver o adultério e de assumir a criança que vai nascer. Somente ele, na exposição de Clóvis Beviláqua, diante da “infidelidade de sua consorte indigna, que não soube

manter o culto da honra”, decidirá se vai ou não suportar “o escândalo e o ridículo”.

Se, no curso da ação, ocorrer o falecimento do marido, e se este já houver impugnado a filiação, seus filhos e herdeiros assumem a relação processual. Por herdeiros não se entendem apenas os filhos, mas todos aqueles que são aptos a suceder, sempre uns na falta de outros. De modo que são aplicadas as mesmas regras da ordem hereditária à capacidade de substituição processual.

Percebe-se da redação do parágrafo único que, para os herdeiros seguirem na posição de substitutos processuais, pressupõe-se a existência da lide, ou a manifestação do marido ou companheiro contra a atribuição de sua paternidade em relação a um pretenso filho. Em suma, o início da ação restringe-se ao marido. Mário Aguiar Moura fornece as razões: “Se bem que a ação negatória da paternidade não se apresente como um direito pessoal por natureza, é, entretanto, um direito pessoal gerado pelo interesse da coletividade, pela ordem pública, pela necessidade de circundar a instituição da família com uma força protetora que a ponha a salvo dos ataques de outros que não-legítimos interessados, expressamente indicados em lei.

Só o marido pode ser o juiz pessoal da situação relativa à legitimidade do filho nascido de sua esposa legítima; só ele pode medir a proporção da vantagem da filiação”.

Há, como se vê, divergência de entendimentos acerca da legitimidade ativa nas ações negatórias de paternidade, portanto cabe ao julgador acolher ou não pleito aforado por aquele que não é o pai, mas tem interesse na causa.

Como elucidação do tema, vale transcrever acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no qual se registrou entendimento de que a legitimidade ativa em ação negatória é só do pai, ao revés da ação de anulação de registro. Eis a ementa:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. LEGITIMIDADE ATIVA DAS HERDEIRAS. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. A ação

negatória de paternidade é privativa do marido (art. 1.601 do CC/02), mas as herdeiras têm legitimidade para propor ação anulatória do registro de nascimento da ré. Contudo, o pedido é juridicamente impossível se há alegação de mera dúvida a respeito da paternidade, a qual não autoriza o ajuizamento da ação. O registro de nascimento, como ato jurídico que é, por força do que dispõe o art. 185 c/c art. 171 do Código Civil, só pode ser anulado quando existente defeito: por erro (art. 138), dolo (art. 145), coação (art. 151) e estado de perigo (art. 156). Ou então pode ser nulo o registro de nascimento nas hipóteses previstas no art. 166 do Código Civil. Apelação desprovida (RIO GRANDE DO SUL, 2006).

No que concerne à legitimidade passiva, esta é do filho, representado (ou assistido) por sua mãe, se for o caso.

4.3 Ação de investigação/negatória de maternidade

As ações de investigação e negatória de maternidade são, por razões óbvias, muito mais raras de se encontrar no dia a dia forense.

Isso, logicamente, porque a maternidade é visível, ou seja, todos que estão ao entorno da genitora, de ordinário, acompanham sua gestação, dos primeiros meses até o registro do novo ser.

Entretanto, casos podem ocorrer em que a maternidade também é contestada. Nessas hipóteses, deve a mãe ou o filho ajuizar ação negatória (a primeira) ou de investigação (o segundo) de maternidade.

Lotufo (2002, p. 200) acentua que, “embora não comum, porque quase sempre *mater semper certa est* a investigação de maternidade é permitida, do mesmo modo que a da paternidade, muito embora a lei não estabeleça pressupostos de admissibilidade da ação”.

Logo em seguida, a mesma autora (LOTUFO, 2002, p. 200) exemplifica:

O pretense filho, por exemplo, cuja maternidade é desconhecida por haver sido abandonado logo após o nascimento, pode ter recebido informações que lhe pareçam verdadeiras de que determinada mulher é a sua mãe; pode também, tomar conhecimento, num determinado momento de sua vida, que quando recém-nascido foi subtraído da mãe e entregue pelo pai à concubina, que o registrou como filho. Não seria justo, em nenhum dos exemplos, negar-lhe o direito de ter constatada a identidade de sua verdadeira mãe pois faz parte do direito da personalidade a identificação pessoal, que só estará completa com o estabelecimento da filiação.

No caso da ação negatória de maternidade, um exemplo seria a hipótese de alguma mulher ser coagida a registrar, como seu, filho de outra. Nessa situação, provado o vício de consentimento, pode-se admitir a discussão da maternidade em ação que busca negá-la.

A legitimidade ativa da ação de investigação de maternidade é do filho, representado ou assistido por seu representante legal, caso seja relativa ou absolutamente incapaz. Tal como ocorre na investigatória de paternidade, se o filho falecer sem intentar a ação, tal direito não se transmite aos herdeiros, que, no entanto, podem dar curso à ação já iniciada.

Na ação negatória de maternidade, a legitimidade ativa é da pretensa mãe e a passiva, do filho, nos mesmos moldes citados.

5 AS AÇÕES DE FILIAÇÃO E A COISA JULGADA

Agora sim, passa-se a centrar a questão no que diz respeito à coisa julgada em investigação de paternidade e maternidade.

O artigo 467 do Código de Processo Civil, já se viu alhures, estabelece que “denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário”.

Nota-se que o legislador não se preocupou em conceituar *coisa julgada formal*.

Porto (2000, p. 183-184), comentando esse dispositivo, ensina o que é coisa julgada formal:

A formatação da idéia mais segura em torno do instituto da coisa julgada passa indiscutivelmente pela compreensão do fenômeno em todos os seus níveis.

Assim, antes do entendimento da idéia de coisa julgada material, a qual integra preferencialmente o propósito do artigo 467 e representa um segundo patamar de entendimento em torno da imutabilidade das decisões judiciais, indispensável o perfeito domínio do fenômeno da coisa julgada formal, pois este antecede àquela. Nesta medida, consoante já destacado no corpo desta obra, a coisa julgada formal representa uma das espécies de preclusão processual, já que se constitui na impossibilidade da prática eficaz de determinado ato ou porque superado o tempo legal de praticá-lo, ou porque foi praticado um e não foram praticados outros ou, ainda, porque foram praticados todos os atos possíveis para a consecução de um fim e não há mais como reverter um resultado jurisdicional, no processo em que a decisão foi proferida.

Assim, cumpre elucidar que a coisa julgada formal confere indiscutibilidade à decisão no processo em que esta foi proferida, limitando sua realização a este, exatamente porque não há mais como impugná-la de forma efetiva neste processo, pois superadas todas as possibilidades de impugnação postas à disposição dos litigantes, vale dizer: proferida a decisão, a parte podendo recorrer, não o fez, ou apresentou alguns recursos e não apresentou outros ou, ainda, já apresentou todos os recursos possíveis e esgotou a via recursal em todos os seus graus, operando-se, pois, a preclusão máxima, quer tenha ou não havido análise de mérito.

Desta forma, possível arrematar, afirmando que tanto as sentenças terminativas (as quais não procedem exame do mérito) quanto as definitivas (que procedem exame de mérito) atingem o estado de coisa julgada formal, na medida em que qualquer delas possui a qualidade de tornar-se indiscutível, portanto, imutável,

no processo em que forem proferidas e nessa circunstância reside a compreensão do instituto da coisa julgada.

Vista a existência não só da coisa julgada material – conceituada pelo legislador –, mas também da coisa julgada formal, resta traçar detidamente a diferença entre ambas. Theodoro Júnior (2006, p. 577) o faz com maestria:

O Código, no art. 467, limitou-se a definir a coisa julgada material, afirmando que:

“Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário.”

Mas existe, também, a coisa julgada formal, que se difere daquele fenômeno descrito no Código e que é tradicionalmente tratada pelos processualistas como fato relevante em matéria de eficácia da sentença.

Na verdade, a diferença entre a coisa julgada material e a formal é apenas de grau de um mesmo fenômeno. Ambas decorrem da impossibilidade de interposição de recurso contra a sentença.

A coisa julgada formal decorre simplesmente da imutabilidade da sentença dentro do processo em que foi proferida pela impossibilidade de interposição de recursos, quer porque a lei não mais os admite, quer porque se esgotou o prazo estipulado pela lei sem interposição pelo vencido, quer porque o recorrente tenha desistido do recurso interposto ou ainda tenha renunciado à sua interposição.

Imutável a decisão, dentro do processo, “esgota-se a função jurisdicional”. O Estado, pelo seu órgão judiciário, “faz a entrega da prestação jurisdicional a que estava obrigado”.

Mas a imutabilidade, que impede o juiz de proferir novo julgamento no processo, para as partes tem reflexos, também, fora do processo, impedindo-as de virem a renovar a discussão da lide em outros processos. Para os litigantes sujeitos à *res iudicata*, “o comando emergente da sentença se reflete, também, fora do processo em que foi proferida, pela imutabilidade de seus efeitos”.

A partir do trânsito em julgado material “a sentença que julgar total ou parcialmente a lide tem força de lei nos limites da lei e das questões decididas” (art. 468).

A coisa julgada formal atua dentro do processo em que a sentença foi proferida, sem impedir que o objeto do julgamento volte a ser discutido em outro processo. Já a coisa julgada material, revelando a lei das partes, produz seus efeitos no mesmo processo ou em qualquer outro, vedando o reexame das *res in iudicium deducta*, por já definitivamente apreciada e julgada.

Mas se a coisa julgada – tanto formal quanto material – impede que a questão seja novamente decidida, cada uma dentro de seu âmbito de extensão processual, por que falar em relativização da coisa julgada?

Marinoni (2004) lembra que:

Por já se haver superado as bases do positivismo normativista de Kelsen e Hart, afirmar-se secamente que determinada decisão é definitiva simplesmente porque proferida pelo Estado-Juiz externa uma posição despreocupada com as novas realidades. Pode-se afirmar com convicção que o ordenamento jurídico brasileiro não é partidário absoluto da concepção hobbesiana de direito. Prova disto, no âmbito da legitimidade das decisões judiciais, é a própria existência de hipóteses legais de relativização da coisa julgada mediante a ação rescisória.

Como advertiu Marinoni, seria bastante confortável simplesmente dizer que o que o Estado-Juiz decidiu é soberano, definitivo. Mas, já se disse antes, o Direito não é uma ciência exata. Não há afastar a possibilidade da existência de casos em que, mesmo havendo decisão com trânsito em julgado, provas posteriores mostrem fatos que alteram a realidade antes tida como certa e acabada.

Nesses casos, levando-se em conta, sobretudo, o bem jurídico tutelado, deve sim ser relativizada a coisa julgada, para que seja prestigiada a verdade real em detrimento de mero formalismo processual.

É justamente o que ocorre nas ações de filiação (investigatórias de paternidade e maternidade).

Indiscutivelmente o bem jurídico em análise em ações dessa natureza impede que o formalismo processual ou a vaga argumentação da segurança jurídica possa sobrepujar a verdade real.

Modernamente – destaca Porto (2002, p. 184), ao comentar “o quê” é imutável na sentença transitada em julgado –, “parece não ser possível desvincular esta questão da natureza do direito posto em causa, pois se este for disponível a solução será uma, e, se for indisponível a proposta de solução será outra [...]”.

Adentrando especificamente nas ações de filiação, a jurisprudência preponderante atualmente é no sentido de que “a restrição da coisa julgada nas demandas reputadas improcedentes por insuficiência de prova não deve prevalecer para inibir a busca da identidade genética do investigando” (Enunciado 109 da Jornada de Direito Civil do STJ)⁵.

Dias (2007, p. 347) resume que, “afirmada ou negada a paternidade na via judicial, sem a prova da paternidade biológica, impõe-se autorizar tanto ao filho, quanto ao pai que voltem à justiça para o estabelecimento da verdade real. Essa nova orientação, que passou a ser chamada de *relativização da coisa julgada* [...]”.

Digamos, por exemplo, que determinada pessoa tenha ajuizado ação de investigação de paternidade (ou maternidade, ou ainda negatória) quando ainda não havia o exame de DNA. Ou, ainda, que na época em que julgada a ação não tenha sido possível, por algum motivo (*v. g.* suposto pai não encontrado), realizar o exame de DNA. Seria justo não dar ao

5 As Jornadas de Direito Civil são uma realização do Conselho da Justiça Federal - CJF e do Centro de Estudos Jurídicos do CJF. Nessas jornadas, compostas por especialistas e convidados do mais notório saber jurídico, são elaborados enunciados de Direito Civil, baseados sempre no novo Código Civil e que buscam uma melhor interpretação de seus dispositivos.

autor outra oportunidade de descobrir a verdade real sobre um tema tão relevante como a filiação, somente por questão processual?

Dias (2007) explicita que:

Conforme Chioyenda, o processo não se limita à definição dos direitos dos litigantes, tendo por objetivo a atuação da vontade da lei. Mas o interesse público na composição dos conflitos não deve suplantar o interesse de um menor em identificar seus vínculos familiares. De forma contundente, a Constituição Federal outorga especial proteção à família (art. 226), proclamando como dever do Estado assegurar à criança a convivência familiar (art. 227). De outro lado, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90) decanta que o direito personalíssimo de reconhecimento do estado de filiação é indisponível e imprescritível (art. 27).

Tais interesses, por evidente, se sobrepõem ao instituto da coisa julgada, que, mesmo tendo assento constitucional, não pode impedir o livre acesso à Justiça para o reconhecimento da filiação, pois se trata de direito fundamental à identidade. A temporária impossibilidade probatória ou, a negligência do réu em subsidiar a formação de um juízo de certeza para o julgamento não pode gerar certeza jurídica.

No mesmo norte, Welter (2000, p. 51) diz que:

Em matéria de investigação de paternidade, a coisa julgada material deverá ser repensada, pois estamos frente a um direito natural e constitucional de personalidade, que faz parte do princípio da dignidade humana, elevado à categoria de fundamento da República do País (artigo 1º, inciso III, da CF), sendo indisponível, inegociável, imprescritível, impenhorável, personalíssimo, indeclinável, vitalício, indispensável, oponível contra todos, intransmissível, constituído de interesse público.

Ora, a prova em ações de filiação é eminentemente técnica, na maioria dos casos, até porque elas raramente envolvem pais que tenham relacionamento público por muitos anos (os casados ou os que vivem em união estável). Normalmente o pai e a mãe do suposto filho tiveram

relacionamento clandestino, o que dificulta e muito a prova da existência da aludida relação ou da exclusividade dela. A prova técnica, pois, é fundamental.

Assim, não produzida ela e julgado procedente ou improcedente o pleito investigatório, mister se faz relativizar a coisa julgada material e permitir que novamente se produza prova, neste caso técnica, para solver de uma vez por todas a questão.

Neste ponto, é interessante gizar que hoje é pacífico o entendimento no sentido de que:

É imprescritível a ação de investigação de paternidade e alteração de registro de nascimento, mesmo na hipótese de vencido o prazo de 4 (quatro) anos, após a maioridade. Merece realce o entendimento segundo o qual “a ação de investigação de paternidade é imprescritível. O tempo não pode impedir nenhuma pessoa humana de buscar o seu verdadeiro pai. E o sistema de direito positivo que nasceu com a Constituição de 1988 consagrou, sem dúvida, esse postulado de ordem pública” (cf. Resp nº 158.086-MS, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ de 28/08/2000) (BRASIL, 2006).

Welter (2000, p. 23-24) ressalta:

Washington de Barros Monteiro diz que o direito à filiação é, igualmente, “imprescritível. Enquanto vivo, assiste ao filho o direito de reclamar o reconhecimento de seu *status familiae*, assim como ao genitor o dever de responder pelo seu dever. Essa imprescritibilidade descansa na conexão existente entre o interesse do indivíduo e o do Estado. Além disso, o *status familiae* implica coincidência de direitos e deveres, que impede que alguém isente de seus deveres, despojando-se dos direitos que porventura lhe assistam. Nesse sentido, a súmula 149 do STF”.

Com efeito, a busca da “verdadeira paternidade exige que não seja negado o direito, qualquer que seja a filiação, de ver declarada a paternidade. Essa negação seria francamente inconstitucional, em face dos termos em que a unidade da filiação restou inserida na nova Constituição Federal”, motivo por que não se pode sus-

tentar tese de eventual prescritibilidade da ação investigatória de paternidade, sob pena de se manter o sistema anterior da simples verdade processual, formal, ficção jurídica, e não a obrigatória paternidade genética.

Portanto, a ação de investigação ou de negação de paternidade ou maternidade é imprescritível, isso porque, “tendo os filhos, nascidos ou não do casamento, os mesmos direitos, é evidente que podem pleitear a paternidade verdadeira, a qualquer tempo, mesmo estando registrados por outrem, que não acreditam ser o verdadeiro pai”.

Nesse mesmo sentido o magistério de Arnaldo Rizzardo: “É imprescritível a ação. Muitos procuram fazer incidir o prazo prescricional de quatro anos, previsto no art. 178, parágrafo 9º, inc. V, letra ‘b’, do Código Civil. Todavia, a questão envolve o estado da pessoa. Assim, como a ação de investigação de paternidade é imprescritível, da mesma forma o é a negatória de paternidade, podendo ser promovida durante toda a existência. O estado da pessoa constitui emanção da personalidade, sendo indisponível”.

E se a ação de investigação de paternidade (ou maternidade, ou negatória) tivesse sido ajuizada antes da sedimentação desse entendimento e sob a égide do Código Civil anterior, que previa prazo prescricional, e tivesse sido fulminada por sentença? Ainda nesse caso a coisa julgada deveria ser relativizada, o que permitiria o ajuizamento de nova demanda, já que o entendimento atual e a certeza que o exame de DNA traz devem, como já se viu, sobrepujar questões meramente processuais, em homenagem, ainda, ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Em suma: por serem imprescritíveis as ações e diante da natureza do direito em questão, enquanto não produzido o exame de DNA não faz coisa julgada formal ou material a sentença que negou ou reconheceu a paternidade ou maternidade.

Os tribunais agasalham unanimemente essa tese:

NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. EXTINÇÃO DITADA. VÍNCULO PARENTAL RECONHECIDO COM BASE, EXCLUSIVAMENTE, EM PROVAS TESTEMUNHAIS. SENTENÇA E ACÓRDÃO TRANSITADOS EM JULGADO. INDISPENSABILIDADE DA PROVA GENÉTICA. RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA. POSSIBILIDADE. RECLAMO RECURSAL ACOLHIDO.

O sacramentização do dogma da coisa julgada não deve se sobrepor, mormente no âmbito do direito de família, aos constantes avanços científicos que, dia a dia, são alcançados no universo da medicina. Assim, essa dogmatização há que ser relativizada em tema de investigação de paternidade, onde a verdade real há de ser perseguida sempre, sucumbindo, pois, às tendências mais modernas, perdendo a coisa julgada, pois, o caráter quase que deificado com que sempre foi ela cercada. E, considerando-se que, hoje, os laços biológicos efetivos entre ascendente e descendente devem ser sempre buscados, ainda mais quando se tem serem esses laços de suma importância no diagnóstico e tratamento de enfermidades que dependem de transplante de órgãos de parentes próximos, de inquestionável oportunidade é admitir-se a tramitação de ação negatória de paternidade, proposta por quem teve a sua paternidade afirmada com base em meros depoimentos testemunhais (SANTA CATARINA, 2008).

PROCESSO CIVIL. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. PROPOSITURA DE AÇÃO ANTERIORMENTE AJUIZADA, QUE TEVE SEU PEDIDO JULGADO IMPROCEDENTE PELO NÃO COMPARECIMENTO DA REPRESENTANTE LEGAL DO INVESTIGANDO À AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO. CONFISSÃO. COISA JULGADA. AFASTAMENTO. DIREITO INDISPONÍVEL.

I — Na primitiva ação de investigação de paternidade proposta, a improcedência do pedido decorreu de confissão ficta pelo não comparecimento da mãe do investigando à audiência de instrução designada. Considerando, assim, que a paternidade do investigado não foi expressamente excluída por real decisão de mérito, precedida por produção de provas, impossível se mostra cristalizar como coisa julgada material a inexistência

do estado de filiação, ficando franqueado ao autor, por conseguinte, o ajuizamento de nova ação. É a flexibilização da coisa julgada.

II – Em se tratando de direito de família, acertadamente, doutrina e jurisprudência têm entendido que a ciência jurídica deve acompanhar o desenvolvimento social, sob pena de ver-se estagnada em modelos formais que não respondem aos anseios da sociedade.

Recurso especial conhecido e provido (BRASIL, 2004).

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelo que tudo acima se viu, não se nega a importância da coisa julgada como instrumento capaz de conferir a segurança jurídica indispensável para a vida em sociedade, e de gerar harmonia e previsibilidade.

Não obstante, também não se pode afastar a possibilidade de relativização da coisa julgada sobretudo em casos de ação de filiação, independentemente de superada ou não para o ajuizamento de ação rescisória, porque o bem jurídico tutelado faz com que a verdade real deva prevalecer sobre aspectos processuais, por mais relevantes que eles sejam.

Sempre que houver a possibilidade de comprovar quem é o verdadeiro pai ou mãe, sempre que uma relação filial puder ser demonstrada de forma segura e incontestável, através de prova técnica moderna e confiável, deve-se permitir aos envolvidos a produção dessa prova, sob pena de minimizar a dignidade da pessoa humana e maximizar o formalismo.

7 REFERÊNCIAS

ASSUMPÇÃO, Luiz Roberto de. *Aspectos da paternidade no novo código civil*. São Paulo: Saraiva, 2004.

BORGES, José Souto Maior. O princípio da segurança jurídica na criação e aplicação do tributo. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, BA, n. 11, fev. 2002. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_11/DIALOGO-JURIDICO-11-FEVEREIRO-2002-JOSE-SOUTO-MAIOR-BORGES.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial n. 400103-RS(2001/0182845-5), Quarta Turma, relator: Ministro Hélio Quaglia Barbosa. Julgado em 21-9-2006. DJ 13-11-2006, p. 263. RNDJ, v. 87, p. 82.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 427117-MS (2002/0044155-6), Terceira Turma, relator: Ministro Castro Filho. Julgado em 4-11-2003. DJ 16-2-2004, p. 241. REVFOR, v. 375, p. 310. RSTJ, v. 179, p. 294.

CAIXETA, Francisco Carlos Távora de Albuquerque. Síndrome de Klinefelter: ação anulatória do registro da paternidade ou negatória de filiação? *Jus Navigandi*, Teresina, PI, jul. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7050>>. Acesso em: 6 maio 2009.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DIAS, Maria Berenice. Investigação de paternidade, prova e ausência de coisa julgada material. Disponível em: <<http://www.mariaberenicedias.com.br>>. Acesso em: 27 abr. 2009.

_____. *Manual de direito das famílias*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. _____. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DINIZ, Maria Helena. *Código civil anotado*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

DOWER, Nelson Godoy Bassil. *Curso moderno de direito civil*. São Paulo: Nelpa, 2004.

FACHIN, Luiz Edson. *Comentários ao novo código civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v.18.

LOTUFO, Maria Alice Zaratin. *Curso avançado de direito civil: direito de família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v. 5.

MARINONI, Luiz Guilherme. Sobre a chamada "relativização" da coisa julgada material. *Jus Navigandi*, Teresina, PI, mar. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5716>>. Acesso em: 27 nov. 2009.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito de família*. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

NICOLAU JUNIOR, Mauro. Segurança jurídica e certeza do direito: realidade ou utopia num estado democrático de direito?. *Jurid*, Bauru, SP, mar. 2005. Disponível em: <www.jurid.com.br>. Acesso em: 18 nov. 2009.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: direito de família*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 5.

PINTO, Carlos Alberto Ferreira. Reprodução assistida: inseminação artificial homóloga post mortem e o direito sucessório. *Recanto das Letras*, fev. 2008. Disponível em: <<http://recantodasletras.uol.com.br/textosjuridicos/879805>>. Acesso em: 22 abr. 2009.

PORTO, Sérgio Gilberto. *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. 6.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 70013957345, 8ª Câmara Cível, relator: José Ataídes Siqueira Trindade. Julgada em 9-3-2006.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de família*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 2007.061645-7, de Blumenau, relator: Des. Trindade dos Santos. Julgada em 28-4-2008.

SILVA, Almiro do Couto e. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da união (lei nº 9.784/99). *Revista brasileira de direito público*, Belo Horizonte, v. 6, jul. 2004, p. 7-59.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 44. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v.1.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

WELTER, Belmiro Pedro. *Coisa julgada na investigação de paternidade*. Porto Alegre: Síntese, 2000.

AUSÊNCIA DE MONOPÓLIO NO SERVIÇO PÚBLICO DE TRANSPORTE COLETIVO URBANO

Orlando Luiz Zanon Junior*

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 Conceito de serviço público. 3 Princípios aplicáveis ao serviço público. 4 Exclusividade ou concorrência no serviço público. 5 Concorrência no serviço de transporte coletivo urbano. 6 Considerações finais. 7 Referências.

RESUMO

Serviço público é a atividade de interesse coletivo, voltada à satisfação de necessidade individual ou transindividual, referente à consecução de determinado direito fundamental, prestada pelo Estado de forma direta ou mediante delegação, sob regime jurídico público. Ainda que se enquadre determinada atividade como serviço público a ser prestado por determinado ente estatal (União, Estado ou Município), nada veda que particulares exerçam essa mesma atividade em caráter supletivo e auxiliar, promovendo a redução de preços e o aumento da qualidade decorrentes da ampla concorrência, desde que observem rigorosamente as disposições legais pertinentes e se submetam à fiscalização estatal, ressalvados os monopólios constitucionais. O transporte coletivo urbano consiste no deslocamento de pessoas, dentro da área de abrangência de um município, em veículos de utilização coletiva, pelas vias, terminais e pontos de embarque e desembarque públicos. Não há razão lógica para conferir exclusividade

* Juiz de Direito. Pós-graduado em Preparação à Magistratura Federal pela Univali; pós-graduado em Direito e Gestão Judiciária pela UFSC; mestrando em Direito pela Unesa.

ao serviço de transporte coletivo urbano, mormente em face da viabilidade de sua exploração econômica, desde que observado o regime jurídico administrativo (sobretudo os princípios do art. 37 da CRFB) e obtido prévio consentimento da municipalidade (de acordo com a legislação local). Isso porque, pelo princípio constitucional da livre iniciativa (art. 170, IV, da CRFB), a concorrência no setor é conveniente aos interesses da coletividade, diante da facilidade de utilização da rede instalada (notadamente as vias públicas) por mais de um particular e dos efeitos da concorrência na redução dos preços e na melhoria da qualidade e da segurança em qualquer nicho de exploração mercadológica.

Palavras-chave: Serviço público. Monopólio. Transporte coletivo urbano. Livre iniciativa. Concorrência.

1 INTRODUÇÃO

O presente texto discorre sobre a possibilidade ou não da concessão exclusiva do serviço público de transporte coletivo urbano para determinada pessoa jurídica, bem como sobre a possibilidade de terceiros, alheios ao processo licitatório de delegação, complementarem tal atividade de cunho imprescindível.

Com tal escopo, inicialmente se abordam os aspectos elementares de *serviço público*, como o seu conceito, a sua classificação e os princípios que o regem, com foco na legislação e na doutrina brasileira.

Fixadas as premissas básicas do fornecimento de serviços essenciais, o trabalho prossegue com a análise da possibilidade de concessão de exclusividade aos entes vitoriosos nos certames públicos. Examina, a seguir, até que ponto poderia ir tal limitação de concorrência na seara de exploração econômica. No mesmo âmbito de discussão, discorre sobre o monopólio das atividades de interesse coletivo.

Sem perder de vista os fundamentos teóricos antes indicados, o texto ingressa no ponto central do estudo, que é o dilema quanto à existência de exclusividade ou de monopólio na prestação do serviço de transporte coletivo urbano, com o objetivo de obter conclusões sobre o tema, com lastro na legislação, doutrina e jurisprudência brasileira.

2 CONCEITO DE SERVIÇO PÚBLICO

O conceito de serviço público pode ser elaborado de acordo com três critérios, quais sejam, o subjetivo ou orgânico (a pessoa que presta a atividade de interesse coletivo, por via de regra o Estado ou um de seus delegados), o material (as peculiaridades da atividade exercida em prol da coletividade) e o formal (o regime jurídico que disciplina a atividade, exorbitante e derogatório das regras comuns).

Moreira Neto (2006, p. 353) lembra que

a noção histórica de serviço público se originou na França, com a chamada Escola do Serviço Público, que, segundo Léon Duguit, se caracterizava por ser uma das atividades asseguradas, disciplinadas e controladas pelos governantes para realizar a solidariedade social, que de outra forma, senão com emprego da coerção estatal, não se lograria, ficando implícita a necessidade de um regime público.

Como lembrado por Bourges (2006, p. 50), “para Duguit a noção de serviço público substitui o conceito de soberania como fundamento do direito público”, no sentido de que

era um novo sistema, não mais fundado no conceito de soberania, mas, em uma noção totalmente diferente. Este sistema seria formado por um conjunto de regras que determinavam a organização dos serviços públicos e asseguravam o seu funcionamento regular e ininterrupto, razão pela qual o direito público passava a ser o direito objetivo dos serviços públicos.

Em breve revisão da doutrina nacional sobre o tema, Meirelles (2002, p. 316) entende que “serviço público é todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniências do Estado”.

Gasparini (1995, p. 209) conceitua serviço público como

toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade fruível preponderantemente pelos administrados, prestada pela Administração Pública ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público, instituído em favor de interesses definidos como próprios pelo ordenamento jurídico.

Di Pietro (2003, p. 99) identifica “serviço público como toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que a exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente as necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público”.

Justen Filho (2005, p. 478) define serviço público como “uma atividade pública administrativa de satisfação concreta das necessidades individuais ou transindividuais, materiais ou imateriais, vinculadas diretamente a um direito fundamental, destinada a pessoas indeterminadas e executada sob regime de direito público”.

Mello (1997, p. 423) entende que serviço público

é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material fruível diretamente pelos administrados, prestada pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e restrições especiais –, instituído pelo Estado em favor dos interesses que houver definido como próprios no sistema normativo.

Considerando os ensinamentos doutrinários acima expostos e conjugando os principais elementos empregados por eles (subjetivo, material

e formal), propõe-se o seguinte conceito de *serviço público*: atividade de interesse coletivo, voltada à satisfação de necessidade individual ou transindividual, referente à consecução de determinado direito fundamental, prestada pelo Estado de forma direta ou mediante delegação, sob regime jurídico público.

Embora se trate de informação não diretamente ligada ao objeto do presente estudo, importa assinalar que as atividades de cunho político-governamental, como os atos de governo do Poder Executivo, a produção normativa do Poder Legislativo e as decisões do Poder Judiciário, não se enquadram estritamente no conceito de serviço público, porquanto apresentam caráter político e expressam a soberania popular, ultrapassando os lindes da atuação meramente administrativa.¹

Nenhum dos conceitos doutrinários, entretanto, esclarece com precisão quais seriam tais atividades enquadráveis na expressão *serviço público*, senão que visam ao interesse coletivo e à concretização de direitos fundamentais. Isso ocorre justamente porque não se pode identificar abstratamente quais seriam os serviços públicos, uma vez que variam conforme as necessidades consideradas vitais ou imprescindíveis pelo povo de cada Estado em determinada época, de acordo com as respectivas conjunturas sociais e econômicas.

Em breve passagem sobre o tema, Meirelles (2002, p. 317) ensina que “não é a atividade em si que tipifica o serviço público, visto que algumas tanto podem ser exercidas pelo Estado quanto pelos cidadãos, como objeto da iniciativa privada, independentemente de delegação estatal, a exemplo do ensino”. Mais adiante esclarece que a escolha acerca da existência ou não de exclusividade na prestação depende da

vontade soberana do Estado, qualificando o serviço como público ou de utilidade pública, para sua prestação direta ou

1 Cf. JUSTEN FILHO, 2005, p. 478; DI PIETRO, 2003, p. 99.

indireta, pois serviços há que, por natureza, são privativos do Poder Público e só por seus órgãos devem ser executados, e outros são comuns ao Estado e aos particulares, podendo ser realizados por aquele ou estes.

Todavia, o referido jurista adverte que “essa distribuição de serviços não é arbitrária, pois atende a critérios jurídicos, técnicos, econômicos, que respondem pela legitimidade, eficiência e economicidade na sua prestação” .

Na mesma linha de raciocínio, Di Pietro (2003, p. 99) entende que “é o Estado, por meio da lei, que escolhe quais as atividades que, em determinado momento, são consideradas serviços públicos”. Na sequência, conclui que “isto exclui a possibilidade de distinguir, mediante critérios objetivos, o serviço público da atividade privada; esta permanecerá como tal enquanto o Estado não a assumir como própria”.

Justen Filho (2005, p. 483) complementa tal entendimento ao sustentar que “a instituição de um serviço público depende do reconhecimento jurídico da pertinência daquela atividade para satisfação dos direitos fundamentais”. Afirma que “essa consideração é de extrema relevância porque significa que, na ausência de publicização legislativa, a atividade não é considerada serviço público, presumindo-se sua qualificação como atividade econômica em sentido restrito”.

Também Mello (1997, p. 433) posiciona-se no sentido de que “é realmente o Estado, por meio do Poder Legislativo, que erige ou não em serviço público tal ou qual atividade, desde que respeite os limites constitucionais”.

Assim, consoante a trilha lógica antes alinhavada, cabe ao Estado estabelecer, mediante o respectivo processo legislativo e de acordo com balizas democráticas, quais são as atividades consideradas como serviços

públicos, a serem prestadas no interesse da coletividade e sob regime jurídico exorbitante e derogatório do direito civil.

No cenário jurídico brasileiro, os arts. 37 e 175 da Constituição Federal estabelecem as pilastras elementares da prestação dos serviços públicos. Os arts. 21, 23 e 30, por sua vez, determinam a repartição de competências (áreas de atuação) dos entes federativos na fiscalização e fornecimento das atividades de interesse coletivo. E, com relação ao objeto deste estudo, importa mencionar que os arts. 21, XII e XXIII, e 177 prescrevem as estritas hipóteses de monopólio estatal.

No âmbito infraconstitucional, os arts. 6º e 22 da Lei n. 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor – CDC) dispõem sobre os direitos dos usuários dos serviços públicos. Além disso, diversas leis esparsas, nas três esferas federativas (federal, estadual e municipal), definem quais são os respectivos serviços públicos (em observância à distribuição constitucional de atribuições), as suas características e as formas de outorga ou delegação. Impõe-se sobretudo mencionar, para os fins deste estudo, o art. 16 da Lei n. 8.987/1995 (Lei Nacional das Concessões e Permissões de Serviços Públicos), segundo o qual “a outorga de concessão ou permissão não terá caráter de exclusividade, salvo no caso de inviabilidade técnica ou econômica justificada no ato a que se refere o art. 5º desta Lei”.

3 PRINCÍPIOS APLICÁVEIS AO SERVIÇO PÚBLICO

Apresenta-se, na sequência, uma síntese dos princípios aplicáveis aos serviços públicos, não para ampliar a abordagem do estudo, mas, sim, para conferir as balizas necessárias à análise do tema central (ausência de monopólio no serviço de transporte coletivo urbano).

O art. 37 da CRFB expõe os cinco princípios basilares explícitos da Administração Pública, quais sejam: a) *Legalidade*, segundo o qual o gestor da *res publica* deve agir em estrita conformidade com a legislação

que disciplina a sua atividade – somente lhe é facultado atuar discricionariamente quando devidamente autorizado –, ao contrário do particular, que pode fazer tudo que não for proibido por lei; b) *Impessoalidade*, o qual apresenta dupla faceta, porquanto para o administrador implica determinação de dispensar atendimento igual a todos, sem conceder favores específicos nem acarretar prejuízos para pessoas ou grupos determinados (tratamento igualitário), enquanto para a Administração Pública significa que os atos administrativos não são imputados diretamente aos seus agentes, mas, sim, à pessoa jurídica administrativa que integram (o agente público apenas veicula a vontade estatal); c) *Moralidade*, que representa o dever do administrador público de agir conforme a ética, a lealdade e a boa-fé objetiva; d) *Publicidade (ou Transparência)*, o qual é o vetor determinante da cientificação do povo quanto ao conteúdo dos atos administrativos (exceto quanto a determinados segredos estratégicos e imprescindíveis à soberania nacional ou à preservação de direitos fundamentais), de forma a possibilitar o controle popular sobre o Poder Público; e e) *Eficiência*, segundo o qual o servidor não pode atuar amadoristicamente, mas, sim, exercer suas funções com presteza, perfeição e rendimento funcional, enquanto a Administração deve organizar-se da melhor forma possível para atender ao interesse público.²

Podem ainda ser apontados outros princípios implícitos do Direito Administrativo brasileiro, relevantes para avaliação da prestação dos serviços públicos, quais sejam: a) *Supremacia do interesse público (ou finalidade pública)*, segundo o qual o interesse coletivo não poderá curvar-se diante de uma expectativa individual; b) *Indisponibilidade do interesse público*, no sentido de que a Administração não pode prescindir da vontade coletiva, já que não gerencia recursos próprios, mas, sim, a coisa pública, que lhe foi confiada pela coletividade (art. 2º da Lei n. 9.784/1999); c) *Continuidade dos serviços públicos*, também chamado de *obrigatoriedade*

2 Cf. ZANON JUNIOR, 2008, p. 21-24.

do desempenho da atividade pública, segundo o qual os serviços públicos não podem sofrer paralisações, pois a sua prestação deve ser ininterrupta, principalmente em se tratando de atividades essenciais (fornecimento de água e de energia elétrica, serviço de esgoto etc.), de segurança pública, de transporte coletivo e de saúde (arts. 22 do CDC); d) *Autotutela e tutela da Administração Pública*, de forma que o Poder Público deve exercer controle sobre os seus atos, podendo revogá-los se inconvenientes ou anulá-los se ilegais ou inconstitucionais (Súmula 473 do Supremo Tribunal Federal) (o termo *autotutela* é empregado quando um ente de direito público fiscaliza seus próprios atos, e *tutela* quando a Administração Pública direta fiscaliza atos da indireta); e) *Proporcionalidade*, de modo que todos os atos administrativos guardem consonância com o princípio constitucional que os ampara e causem a mínima interferência nos direitos fundamentais dos administrados; f) *Motivação* dos atos administrativos, de sorte que todos os atos administrativos expedidos sejam fundamentados (arts. 1º e 50 da Lei n. 9.784/1999); g) *Especialidade*, segundo o qual o ente administrativo estará sempre vinculado ao fim público para o qual foi criado (função específica a que se destina) e dele não poderá desviar-se; e h) *Segurança Jurídica*, princípio basilar do ordenamento jurídico que visa a garantir a estabilidade das relações jurídicas, segundo o qual o administrador público não pode editar, alterar, revogar ou anular atos em prejuízo de situações já concretizadas juridicamente (não pode prejudicar o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada).³

Especificamente com relação aos serviços públicos, cabe ainda acrescentar os seguintes princípios: a) *Adequação e Segurança*, segundo o qual as atividades devem estar estruturadas para o atendimento das necessidades às quais se destinam, sem descuido da segurança necessária aos direitos dos administrados (arts. 175, parágrafo único, IV, da CRFB, 7º, I, da Lei n. 8.987/1995 e 22 do CDC); b) *Economicidade (ou modicidade tarifária)*,

3 Cf. ZANON JUNIOR, 2008, p. 21-28.

no sentido de que os valores cobrados sejam suficientes para custear as despesas efetuadas, sem lucros excessivos, de modo a manter o equilíbrio econômico-financeiro na prestação – pode-se até cogitar de prejuízo para o Estado, mas, logicamente, não para o particular concessionário ou permissionário, a exemplo dos serviços assistenciais (arts. 9º a 13 da Lei n. 8.987/1995); e c) *Concorrência (ou possibilidade de escolha)*, de modo a facultar ao administrado a utilização dos serviços mais satisfatórios aos seus interesses, conforme o binômio custo/benefício, garantidas as bases mínimas de funcionamento e operação, de acordo com o regime jurídico administrativo (arts. 170, IV, da CRFB e 7º, III, da Lei n. 8.987/1995).

4 EXCLUSIVIDADE OU CONCORRÊNCIA NO SERVIÇO PÚBLICO

As atividades estatais que são inerentes aos poderes políticos e à soberania popular somente podem ser exercidas pelo Poder Público – cabe mencionar a produção legislativa, a jurisdição, o Ministério Público, a polícia investigativa e repressiva, as forças armadas (defesa nacional), a elaboração e confecção de moeda, as vias diplomáticas e a representação governamental. Como já esclarecido anteriormente, com supedâneo na doutrina nacional, tais misteres escapam ao conceito de *serviço público*, porquanto ultrapassam a mera prestação administrativa, refletindo a supremacia do Estado.⁴

Mesmo entre os serviços públicos, existem os que são *exclusivos*, porque só podem ser prestados pelo Estado, por expressa previsão constitucional, não se admitindo seu fornecimento por particulares que não sejam concessionários ou permissionários, ou então, os que são *não exclusivos*, porquanto particulares podem complementar concomitantemente a atividade estatal no âmbito da exploração econômica, ainda que mediante fiscalização ou com prévia permissão ou autorização.⁵

4 Cf. JUSTEN FILHO, 2005, p. 478; DI PIETRO, 2003, p. 99.

5 Cf. DI PIETRO, 2003, p. 106-107.

No concernente a esse assunto (serviços públicos exclusivos ou não), Mello (1997, p. 432) afirma que “não se deve imaginar que todos os serviços postos à compita do Poder Público, e, por isto, qualificáveis como públicos, estejam, todos eles (salvo autorização, concessão ou permissão), excluídos do campo de ação dos particulares”.

Os serviços exclusivos refletem uma reserva de mercado (monopólio), na medida em que foram especificamente excluídos da incidência do princípio da livre concorrência (art. 170, parágrafo único, IV, da CRFB) por preceito constitucional, restringida sua exploração a determinado ente político, ainda que de forma indireta (arts. 21, XII e XXIII, e 177 da CRFB).

Nessa ordem de ideias, Justen Filho (2005, p. 488) afirma que “a exclusividade na prestação do serviço é, em princípio, uma decorrência do monopólio estatal” e que “poderá cogitar-se de ausência de exclusividade nos casos de serviços públicos exercitados por particulares”.

Gasparini (1995, p. 432) sintetiza a noção econômica de *monopólio*, definindo-o como “a abolição da concorrência”.

Meirelles (2002, p. 610-611), por sua vez, esclarece que, “em sentido econômico, monopólio significa controle de produção e de preços na sua acepção mais ampla. [...] É a exclusão da concorrência e a imposição do preço pela vontade unilateral do vendedor único”. Na sequência, conclui que “só há, presentemente, monopólio das atividades expressamente previstas na Constituição”.

A doutrina (MEIRELLES, 2002, p. 611; DI PIETRO, 2003, p. 106) identifica a exclusividade na prestação dos serviços públicos, e o impedimento de particulares, nas atividades listadas nos arts. 21, XII e XXIII, e 177 da Constituição da República, que foram reservadas à União ou aos seus delegados, quais sejam (com fidelidade à redação normativa): a) os serviços de radiodifusão sonora, e de sons e imagens; b) os serviços

e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos; c) a navegação aérea, aeroespacial e a infraestrutura aeroportuária; d) os serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território; e) os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros; f) os portos marítimos, fluviais e lacustres; g) os serviços e instalações nucleares de qualquer natureza, bem como o enriquecimento, o reprocessamento, a pesquisa, a lavra, a industrialização e o comércio de minérios nucleares e seus derivados; h) a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos; i) a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro; j) a importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades previstas nos incisos anteriores; e l) o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no País, bem assim o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem.

Com exceção das atividades expressamente consignadas como exclusivas (monopólio) na Carta Política, é facultado ao particular desenvolver serviço público em complementação à atuação estatal, ainda que mediante concessão, permissão ou autorização, bem como sujeição, total ou parcial, ao regime jurídico administrativo.

No mesmo sentido, Justen Filho (2005, p. 488) sustenta que “a titularidade estatal do serviço público não impede o desenvolvimento de instituições da sociedade civil, que assumem a prestação de algumas atividades de serviço público”. Mais adiante, afirma que “há tendência a reconhecer que, em alguns setores, o serviço público pode ser exercitado por particulares”.

Aragão (2005, p. 2-3) discorre sobre essa temática, explicando que a razão do fornecimento direto ou indireto dos serviços públicos pelo Estado encontra-se calcada em dois pressupostos: a) *a existência do monopólio natural*, segundo o qual a presença de mais de um prestador seria economicamente inconveniente, porque acarretaria o aumento das tarifas em razão da perda de escala (redução da diluição dos custos em face da diminuição do número de usuários); e b) *a solidariedade social*, no sentido de que os serviços públicos não deveriam estar submetidos ao sistema de busca pela maior lucratividade. O mesmo professor defende, todavia, que ambas as premissas sofreram severas alterações ao longo da década de oitenta, pois o avanço tecnológico e a disseminação dos serviços no plano econômico já estariam permitindo, desde então, uma concorrência entre os fornecedores (e prestadores de serviços), benéfica aos consumidores (usuários). Dentro desse quadro, segundo tal autor, a concorrência deveria ser estimulada, mesmo entre as atividades tidas como essenciais à coletividade e, por isso, englobadas no conceito de serviço público. Assim, afirma que

pele princípio da proporcionalidade não cabe ao Estado impor restrições à concorrência que não se justifiquem em função dos objetivos de serviço público de espalhar os seus benefícios em todos os setores da sociedade (universalidade), dos mais aos menos privilegiados, a um preço abordável (tarifa módica, ou mais propriamente, acessível).

Não muito distante desse entendimento, Moreira Neto (2006, p. 369) detecta uma “propensão à abertura de espaços de competências aos entes da sociedade, para que o maior número de prestadores possível possa concorrer, em benefício dos usuários, ainda que, em alguns casos, em razão de alguma necessidade de limitação de fato de operadores, se tenha que selecionar”.

Nessa senda, ainda que se enquadre determinada atividade como serviço público a ser prestado por determinado ente estatal (União, Estado ou Município), nada veda que particulares exerçam essa mesma atividade

em caráter supletivo e auxiliar, promovendo a redução de preços e o aumento da qualidade decorrentes da ampla concorrência, desde que observem rigorosamente as disposições legais pertinentes e se submetam à fiscalização estatal, ressalvados os monopólios constitucionais.

Por isso que, no âmbito da promoção da saúde pública, área de inegável interesse coletivo, a existência de hospitais públicos não veda a coexistência de clínicas privadas, independentemente de prévia licitação, desde que observados os rigorismos da fiscalização pelos órgãos sanitários.

Ninguém discorda de que a educação é um serviço público fundamental, tanto que a destinação de percentual do orçamento público para sua manutenção e promoção consubstancia princípio constitucional sensível (art. 34, VII, *e*, da CRFB). Mesmo assim, é notório que tal nicho de mercado também é explorado por diversas entidades particulares.

Também no setor de telefonia celular, nada veda a atuação conjunta, sem exclusividade, de diversas operadoras (Claro, Tim, Oi, Vivo, Brasil-telecom etc.), desde que respeitadas as instruções normativas da Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel).

Ainda exemplificando, a delegação pública do serviço de geração e distribuição de energia elétrica para determinadas concessionárias não veda a instalação de cooperativas energéticas em determinados locais, muito menos que o próprio particular adquira um gerador e produza o necessário para alimentar sua residência e a dos seus vizinhos.

Por fim, aprofundando o posicionamento acima exposto, Justen Filho (2005, p. 486-487) sustenta que o Estado deve fornecer, de forma direta ou indireta (por concessão, permissão ou autorização), o serviço público em patamar suficiente e adequado à satisfação dos interesses da coletividade. Contudo, explicita que tal prestação elementar (ou em bases mínimas) pode ser complementada por particulares, mediante observância do regime jurídico administrativo e fiscalização do Poder Público, o que

estabelece concorrência benéfica à diminuição das tarifas e ampliação da qualidade e da segurança.

Tal posição doutrinária pode ser entendida com o seguinte exemplo, que trata de serviço público de fornecimento de energia elétrica, *in verbis*:

A aplicação prática da tese permite compreender melhor a orientação adotada. Suponha-se o caso da energia elétrica. Considerando o atual estágio tecnológico e cultural, é indispensável à dignidade da pessoa humana a ligação de cada residência à rede de energia elétrica, de modo a assegurar o acesso a utilidades fundamentais. Portanto, a infraestrutura necessária ao atendimento a essa exigência e à prestação dessas utilidades configura serviço público. Mas isso não significa que toda e qualquer atividade relacionada à geração ou à oferta de energia elétrica caracterizará necessariamente serviço público.

Se um sujeito produz energia elétrica para o próprio consumo – por exemplo, para fins industriais –, a atividade não configurará serviço público. Quando muito, haverá a fiscalização por parte do Estado. Essa conclusão é perfilhada de modo incontroverso por parte da doutrina tradicional, a qual afirma que, no caso, estaria ausente um pressuposto do serviço público (consistente no oferecimento de utilidades para pessoas indeterminadas).

Uma empresa privada pode aplicar seus recursos para produzir energia elétrica, colocando essa mercadoria no mercado, segundo as regras da livre iniciativa. Não estará obrigada a atender a todos os usuários possíveis, mas apenas aos que com ela quiserem contratar. Essa alternativa não era técnica e economicamente viável há quarenta anos.

Existem duas situações inconfundíveis. Há o dever estatal de assegurar o fornecimento de energia elétrica a todos os domicílios. Mas isso não significa que toda e qualquer atividade de geração de energia elétrica seja um serviço público. Além da geração de energia elétrica como um serviço público, pode haver geração como atividade econômica privada.

O Estado é obrigado a promover a estruturação de um sistema de serviço público de geração, transmissão e distribuição de energia

elétrica. Mas, uma vez existindo essa estrutura de serviço público, é cabível o aproveitamento de situações marginais sob o regime de direito privado, como atividade econômica em sentido restrito (JUSTEN FILHO, 2005, p. 486-487, grifo nosso).

O entendimento acima exposto não ampara a pretensão de particulares de ingressar na área de serviço público da maneira que lhes parecer mais proveitosa, simplesmente abrindo uma escola ou instalando uma nova rádio ou sistema de telefonia. *Apenas se está mencionando que o ordenamento jurídico brasileiro não consagra monopólios nem reservas de mercado além das exceções constitucionais*, de modo que permite a particulares, mediante observância das prescrições legais e respeito à área de atuação deferida com exclusividade para determinada concessionária ou permissionária, ingressar em ramo de atividade em caráter supletivo ou auxiliar.

Das considerações adrede delineadas, extrai-se a ilação de que aos particulares se franqueia prestar serviços públicos, excetuados aqueles de exclusividade estatal (monopólio), em complementação às bases mínimas fornecidas de forma direta ou indireta pelo Estado, ainda que mediante prévia concessão, permissão ou autorização. Mas, para tanto, devem observar o regime jurídico administrativo, mormente os princípios específicos desse ramo do Direito.

5 CONCORRÊNCIA NO SERVIÇO DE TRANSPORTE COLETIVO URBANO

O transporte coletivo urbano consiste no deslocamento de pessoas, dentro da área de abrangência de um município, em veículos de utilização coletiva, pelas vias, terminais e pontos de embarque e desembarque públicos.

Segundo Meirelles (1998, p. 331), “o transporte coletivo urbano e rural, desde que se contenha nos limites territoriais do Município, é de

sua exclusiva competência, como serviço público de interesse local, com caráter essencial”.

Sem embargo, o art. 30, V, da Constituição da República atribui ao Município a competência legislativa (para disciplinar e organizar) e material (de fiscalizar e executar) em relação ao transporte coletivo urbano, considerado de caráter essencial. O art. 175 da Carta Magna, por sua vez, prevê que os serviços públicos (inclusive o de transporte coletivo urbano) podem ser delegados a particulares somente mediante concessão ou permissão, precedida do certame licitatório previsto no art. 37, XXI, da CRFB, o qual foi disciplinado pela Lei n. 8.666/1993 nas três esferas estatais. O art. 230, § 2º, da Lei Fundamental, por derradeiro, garante a gratuidade de tal serviço aos maiores de sessenta e cinco anos de idade. No mais, a disciplina normativa deve ser prevista no ordenamento jurídico municipal, observados os parâmetros constitucionais, mormente os princípios já elencados acima.

Diante desse quadro legislativo, assevera-se que inexistente monopólio (ou exclusividade do Estado e de seus delegados) na prestação do serviço de transporte coletivo urbano, uma vez que não se encontra listado entre aquelas estritas hipóteses descritas nos arts. 21, XII e XXIII, e 177 da *Lex Legum*.

Com efeito, conforme as balizas teóricas traçadas nos itens anteriores deste estudo, não há razão lógica para conferir exclusividade ao serviço de transporte coletivo urbano, mormente em face da viabilidade de sua exploração econômica, desde que observado o regime jurídico administrativo (sobretudo os princípios do art. 37 da CRFB) e obtido prévio consentimento da municipalidade (de acordo com a legislação local). Isso porque, pelo princípio constitucional da livre iniciativa (art. 170, IV, da CRFB), a concorrência no setor é conveniente aos interesses da coletividade, diante da facilidade de utilização da rede instalada (notadamente as vias públicas)

por mais de um particular e dos efeitos da concorrência na redução dos preços e na melhoria da qualidade e da segurança em qualquer nicho de exploração mercadológica.

No ponto, ressalta-se que a suplementação da atividade essencial por particulares deve observar disciplina própria, de acordo com as peculiaridades de cada um dos serviços públicos. Isso porque cada prestação reclamada pela sociedade lastra-se em uma diferente infraestrutura e, assim, seu compartilhamento deve ser estabelecido de forma específica, para melhor atender às suas peculiaridades.

Nessa linha de ideias, a normatização infraconstitucional estabeleceu disciplina específica ao serviço de transporte coletivo urbano, conferindo ao município o poder/dever de implementar os itinerários essenciais de deslocamento, que podem ser concedidos com exclusividade a pessoa jurídica após prévia licitação, enquanto os particulares podem atuar nesse setor ampliando as linhas de deslocamento, desde que obtenham prévia autorização e observem algumas diretrizes básicas.

Notadamente, o inciso III do §3º do art. 2º da Lei n. 9.074/1995 estabelece que “independe de concessão ou permissão o transporte: [...] de pessoas, em caráter privativo de organizações públicas ou privadas, ainda que em forma regular”. O art. 8º da Lei do Estado de Santa Catarina n. 5.684/1980, por sua vez, consagra que

independe de concorrência a licença para: I – fretamento; II – viagem com caráter de linha; III – viagem em caráter eventual; IV – prolongamento e encurtamento de linha; V – alteração de itinerário de linha delegada, em razão do surgimento de novas rodovias ou melhoramentos em outras, que recomendem a modificação dos serviços; VI – fusão de linhas delegadas, desde que inexistente a linha resultante; VII – conexão de linhas; VIII – ampliação, diminuição e alteração de horários em linha delegada; IX – implantação e cancelamento de seção.

O parágrafo único de tal dispositivo, acrescentado pela Lei Estadual n. 13.340/2005, prevê que “a licença para o serviço de fretamento de transporte de estudantes deve merecer prioridade e ater-se única e exclusivamente à questão da segurança do veículo e às leis que regulam a livre concorrência”.

Diante de tal contexto normativo, entende-se que a sociedade empresária, desde que se consagre vitoriosa em processo licitatório para o serviço de transporte coletivo urbano de determinado município e firme o respectivo contrato de concessão, adquire o direito de utilizar terminais públicos de embarque e desembarque (pontos de ônibus) criados pela municipalidade em rotas previamente estabelecidas, e pode até deter exclusividade para tanto, se isso se justificar (art. 16 da Lei n. 8.987/1995). Todavia, de forma alguma tal pessoa jurídica receberá o monopólio para prestação desse serviço e tampouco terá a garantia de reserva de mercado, no sentido de vedar que particulares ingressem em seu ramo de forma suplementar, conforme as disposições do contrato de transporte de pessoas e coisas previstas nos arts. 730 a 756 da Lei n. 10.406/2002 (Código Civil de 2002).

Isso porque, segundo exegese constitucional lastrada nas balizas teóricas desenvolvidas nos itens anteriores deste estudo, o serviço de transporte coletivo de passageiros, a ser prestado diretamente pelo Poder Público ou mediante concessão ou permissão a particulares, engloba tão somente as linhas previstas no itinerário básico consolidado pela Administração Municipal, passa pelas rotas previamente estabelecidas e utiliza os pontos de embarque e desembarque públicos (pontos de ônibus). Outrossim, não abrange as atividades comerciais paralelas, abertas à livre concorrência, de fretamento para transporte de escolares, de funcionários de empresas etc.

Notadamente, a expressão “transporte coletivo essencial”, constante da Carta Política (art. 30, V), diz respeito somente àquele itinerário básico e elementar que deve ser imprescindivelmente oferecido pelo Município, diretamente ou mediante delegação contratual precedida de licitação (art. 175 da CRFB). Apenas o transporte de pessoas pelas vias públicas é que pode ser atribuído com exclusividade para determinada sociedade empresária particular, aprovada em prévio certame licitatório.

Por essa razão, é admissível que particulares desenvolvam atividade empresarial de exploração do setor de transporte coletivo, de interesse local, em caráter suplementar e de acordo com a regulamentação municipal (art. 30, I e V, da CRFB e arts. 730 a 756 do CC/2002), paralelamente ao serviço de transporte coletivo mínimo e essencial que a municipalidade tenha concedido mediante prévia licitação (arts. 30, V, 170, IV, e 175 da CRFB).

Muito embora exista doutrina em sentido contrário à orientação ora exposta (CASTRO, 2006, p. 316 et seq.) classificando a atividade de transporte coletivo paralela à do concessionário como clandestina, Gasparini (1995, p. 242) defende que o Poder Público pode conceder o serviço de transporte coletivo urbano para outros além do concessionário, mesmo havendo previsão justificada da exclusividade, desde que mantido o equilíbrio econômico e financeiro do contrato, argumentando que

a exclusividade visa assegurar um mercado, no caso de passageiros, que garanta certo lucro ao concessionário ou permissionário. Para o outorgado, a exclusividade só interessa nesse sentido. Logo, se garantido o lucro pelo Poder Público, resta óbvio que a quebra de tal privilégio não só é legítima como a ela não se pode opor o concessionário.

A jurisprudência majoritária do Tribunal de Justiça de Santa Catarina respalda a tese jurídica sob exame, consoante se extrai das ementas abaixo colacionadas:

MANDADO DE SEGURANÇA. FRETAMENTO. Frente à natureza privada do serviço de fretamento, e mesmo ante os princípios constitucionais da igualdade e livre concorrência, é inadmissível que uma transportadora tenha exclusividade para sua prestação, seja este desenvolvido no eixo de sua influência de concessão ou não. Ademais, uma vez concedida uma licença que criou direitos patrimoniais para o seu beneficiário, só pode ela ser revogada, se "precedida de inquérito regular; quando arbitrária não pode prevalecer" (RDA 74/219) (MS n. 88.060437-8 (6.399), Vanderlei Romer).

ADMINISTRATIVO - TRANSPORTE COLETIVO - FRETAMENTO - CARÁTER EVENTUAL - LIMITES DO DIREITO DE CONCESSÃO CONFERIDO À EMPRESA CONCESSIONÁRIA RESPEITADOS - DIREITO DE PREFERÊNCIA QUE NÃO SE CONFUNDE COM DIREITO DE EXCLUSIVIDADE (Ap. Cív. n. 1999.009984-9, Luiz César Medeiros, 3-6-2002).

ADMINISTRATIVO – TRANSPORTE INTERMUNICIPAL DE ESTUDANTES – CONTRATO DE FRETAMENTO – INICIATIVA PRIVADA – AUTORIZAÇÃO DO DETER – EXISTÊNCIA DE LINHA REGULAR DE TRANSPORTE COLETIVO – FATO DESPICIENDO – FUNÇÃO MERAMENTE FISCALIZADORA DA SEGURANÇA DO TRÁFEGO – RECURSO NÃO PROVIDO. O órgão estadual (DETER) regulador e fiscalizador do transporte coletivo intermunicipal de passageiros não pode negar autorização ao fretamento de ônibus para transporte de estudantes somente pelo fato de haver linha regular de transporte coletivo no mesmo itinerário, cuja concessionária não tem preferência para aquele serviço, que é de natureza privada e não se submete à necessidade de concessão, mas sim ao princípio constitucional da livre concorrência (Ap. Cív. n. 2005.027291-2, Jaime Ramos, 4-7-2006).

Diante de toda fundamentação antes exposta, conclui-se ser admissível que particulares desenvolvam atividade empresarial de exploração do setor de transporte urbano, de interesse local, independentemente de concorrência, em caráter suplementar e de acordo com a regulamentação municipal (art. 30, I, da CRFB e arts. 730 a 756 do CC/2002), paralela-

mente ao serviço de transporte coletivo mínimo e essencial que a municipalidade concede a determinada pessoa jurídica mediante prévia licitação (arts. 30, V, e 175 da CRFB), ainda que com exclusividade justificada para determinados itinerários (art. 16 da Lei n. 8.987/1995), de acordo com o exposto nos arts. 170, IV e parágrafo único, da CRFB, 2º, § 3º, III, da Lei 9.074/1995 e 8º, incisos e parágrafo único, da Lei Estadual de Santa Catarina n. 5.684/1980.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

a) Serviço público é a atividade de interesse coletivo, voltada à satisfação de necessidade individual ou transindividual, referente à consecução de determinado direito fundamental, prestada pelo Estado de forma direta ou mediante delegação, sob regime jurídico público.

b) As atividades de cunho político-governamental, como os atos de governo praticados pelo Poder Executivo, a produção normativa do Poder Legislativo e as decisões do Poder Judiciário, não se enquadram estritamente no conceito de *serviço público*, porquanto apresentam caráter político e expressam a soberania popular, de modo que ultrapassam os lindes da atuação meramente administrativa. Nessa senda encontram-se também o Ministério Público, a polícia investigativa e repressiva, as forças armadas (defesa nacional), a elaboração e confecção de moeda, as vias diplomáticas e a representação governamental.

c) Cabe ao Estado estabelecer, mediante o respectivo processo legislativo e de acordo com balizas democráticas, quais são as atividades consideradas como serviços públicos, a serem prestadas no interesse da coletividade e sob regime jurídico exorbitante e derogatório do direito civil.

d) Entre os serviços públicos, existem os que são exclusivos, porque só podem ser prestados pelo Estado, por expressa previsão constitucional, não se admitindo seu fornecimento por particulares que não sejam concessio-

nários ou permissionários, ou, então, os que são não exclusivos, porquanto particulares podem complementar concomitantemente a atividade estatal no âmbito da exploração econômica, ainda que mediante fiscalização ou com prévia permissão ou autorização. Os serviços exclusivos refletem uma reserva de mercado (monopólio), na medida em que foram especificamente excluídos da incidência do princípio da livre concorrência (art. 170, parágrafo único, IV, da CRFB) por preceito constitucional, restringida sua exploração a determinado ente político, ainda que de forma indireta (arts. 21, XII e XXIII, e 177 da CRFB).

e) Ainda que se enquadre determinada atividade como serviço público a ser prestado por determinado ente estatal (União, Estado ou Município), nada veda que particulares exerçam essa mesma atividade em caráter supletivo e auxiliar, promovendo a redução de preços e o aumento da qualidade decorrentes da ampla concorrência, desde que observem rigorosamente as disposições legais pertinentes e se submetam à fiscalização estatal, ressalvados os monopólios constitucionais.

f) O transporte coletivo urbano consiste no deslocamento de pessoas, dentro da área de abrangência de um município, em veículos de utilização coletiva, pelas vias, terminais e pontos de embarque e desembarque públicos.

g) Não há razão lógica para conferir exclusividade ao serviço de transporte coletivo urbano, mormente em face da viabilidade de sua exploração econômica, desde que observado o regime jurídico administrativo (sobretudo os princípios do art. 37 da CRFB) e obtido prévio consentimento da municipalidade (de acordo com a legislação local). Isso porque, pelo princípio constitucional da livre iniciativa (art. 170, IV, da CRFB), a concorrência no setor é conveniente aos interesses da coletividade, diante da facilidade de utilização da rede instalada (notadamente as vias públicas) por mais de um particular e dos efeitos da concorrência na redução dos

preços e na melhoria da qualidade e da segurança em qualquer nicho de exploração mercadológica.

h) A sociedade empresária, desde que se consagre vitoriosa em processo licitatório para o serviço de transporte coletivo urbano de determinado município e firme o respectivo contrato de concessão, adquire o direito de utilizar terminais públicos de embarque e desembarque (pontos de ônibus) criados pela municipalidade em rotas previamente estabelecidas, e pode até deter exclusividade para tanto, se isso se justificar (art. 16 da Lei n. 8.987/1995). Todavia, de forma alguma tal pessoa jurídica receberá o monopólio para prestação desse serviço e tampouco terá a garantia de reserva de mercado, no sentido de vedar que particulares ingressem em seu ramo de forma suplementar, conforme as disposições do contrato de transporte de pessoas e coisas previstas nos arts. 730 a 756 da Lei n. 10.406/2002 (Código Civil de 2002). Outrossim, é admissível que particulares desenvolvam atividade empresarial de exploração do setor de transporte coletivo, de interesse local, em caráter suplementar e de acordo com a regulamentação municipal (art. 30, I e V, da CRFB e arts. 730 a 756 do CC/2002), paralelamente ao serviço de transporte coletivo mínimo e essencial que a municipalidade tenha concedido mediante prévia licitação (arts. 30, V, 170, IV, e 175 da CRFB).

7 REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos. Serviços públicos e concorrência. *Revista eletrônica de direito administrativo econômico*, Salvador, n. 1, 2005.

Disponível em: <www.direitodoestado.com.br> Acesso em: 8 nov. 2008.

BOURGES, Fernanda Schuhli. Aspectos da noção de serviço público no contexto brasileiro. *In*: COSTADELLO, Angela Cassia (Coord.). *Serviço público: direitos fundamentais, formas organizacionais e cidadania*. Curitiba: Juruá, 2006.

CASTRO, José Nilo. *Direito municipal positivo*. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. *Direito municipal brasileiro*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Cervilha. *Manual de metodologia da pesquisa no direito*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PASOLD, César Luiz. *Prática da pesquisa jurídica*. 9. ed. Florianópolis: OAB Editora, 2005.

ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. *Direito administrativo*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

AS QUESTÕES PREJUDICIAIS NA UNIÃO EUROPEIA E NO MERCADO COMUM DO SUL (MERCOSUL): EXISTÊNCIA, APLICAÇÃO, EXTENSÃO E ALTERNATIVAS

Stephan Klaus Radloff*

1 A COMUNIDADE EUROPEIA

1.1 Introdução

O Direito Comunitário Europeu é um fruto do Direito Internacional Público que superou sua origem. Conforme a doutrina, o Direito Internacional Público nasceu da necessidade dos povos, nações, países e comunidades internacionais (em suma, da sua representação oficial perante o Direito Internacional Público, quer seja, os Estados) de regular as interações recíprocas¹.

Não obstante, a diferença, entre outras, dos dois ramos (ou ramo e sub-ramo) é que o Direito Internacional Público possui sua matriz nos tratados e acordos internacionais em geral, enquanto o Direito Comunitário Europeu está inserto em uma sequência de tratados próprios, os quais,

* Juiz de Direito em Santa Catarina.

1 “La vita di relazione tra Stati sovrani e indipendenti appare caratterizzata dal suo conformarsi di massima a un insieme di regole di condotta, la cui osservanza è considerata dagli Stati obbligatoria, nel senso che al comportamento prescritto a carico di uno Stato da tali regole fa costantemente riscontro una pretesa di un altro Stato a che tale comportamento sia tenuto. Questo insieme di regole di condotta costituisce la componente della realtà sociale internazionale che i governi e i giuristi sono soliti chiamare diritto internazionale o *diritto internazionale pubblico*” (GIULIANO; SCOVAZZI; TREVES, 1991, p. 1).

sendo subseqüentes e complementativos², outorgam verdadeira essência legislativa à União Europeia³.

Dentre os entes nascidos com o Tratado de Roma, este assinado em 25 de março de 1957, e os tratados que o sucederam e completaram, há um triunvirato-mor, qual seja, o Parlamento Europeu, a Comissão Europeia e o Conselho Europeu⁴, os quais, conjunta ou separadamente, são responsáveis pela confecção e legitimidade do Direito Comunitário Europeu.

Com a gênese da Comunidade Europeia (hoje União Europeia), a preocupação nessa integração portentosa implicou na criação de mecanismos judiciais que garantissem essa mesma integração, porém de forma

2 “A União Europeia (UE), anteriormente designada por *Comunidade Económica Europeia* (CEE) e *Comunidade Europeia* (CE), é uma organização internacional constituída actualmente por 27 estados membros. Foi estabelecida com este nome pelo Tratado da União Europeia (normalmente conhecido como Tratado de Maastricht) em 1992, mas muitos aspectos desta união já existiam desde a década de 50. A União tem sedes em Bruxelas, Luxemburgo e Estrasburgo.

A União Europeia tem muitas facetas, sendo as mais importantes o mercado único europeu (ou seja uma união aduaneira), uma moeda única (o euro, adoptado por 15 dos 27 estados membros) e políticas agrícola, de pescas, comercial e de transportes comuns. A União Europeia desenvolve também várias iniciativas para a coordenação das actividades judiciais e de defesa dos Estados Membros.

O Tratado de Paris, assinado em 1951, estabelecendo a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço, e os Tratados de Roma, assinados em 1957, instituindo a Comunidade Económica Europeia e a Comunidade Europeia da Energia Atómica ou Euratom, foram assinados por seis membros fundadores: Alemanha, Bélgica, França, Itália, Luxemburgo e Países Baixos. Depois disto, a UE levou a cabo seis alargamentos sucessivos: em 1973, Dinamarca, Irlanda e Reino Unido; em 1981, Grécia; em 1986, Portugal e Espanha; em 1995, Áustria, Finlândia e Suécia; a 1 de Maio de 2004, República Checa, Chipre, Eslováquia, Eslovénia, Estónia, Hungria, Letónia, Lituânia, Malta e Polónia; a 1 de Janeiro de 2007, Bulgária e Roménia.

Em 1972 e 1994, a Noruega assinou também tratados de adesão à União Europeia. No entanto, nas duas ocasiões, através de referendos, a população norueguesa rejeitou a adesão do seu país. À população helvética foi também proposta a adesão do país à União, mas foi rejeitada através de referendo popular em 2001.

A Croácia, Turquia e Macedónia são candidatos à adesão à UE. As negociações com estes países iniciaram-se oficialmente em Outubro de 2005 mas ainda não há uma data de adesão definida - o processo pode estender-se por vários anos, sobretudo no que concerne à Turquia pois há forte oposição da França e da Áustria” (Wikipedia).

3 “Os tratados que instituíram as Comunidades são tratados internacionais. Sem dúvida que eles apresentam, na sua interpretação e na sua aplicação, especialidades em relação ao Direito Comum dos Tratados; mas nada disso interfere com o princípio de base de que eles são instrumentos do Direito Internacional e não se confundem designadamente com a Constituição de um Estado. Para chegarmos a essa conclusão foi decisivo o facto de, de harmonia com o Direito Comunitário vigente, os tratados institutivos das Comunidades, que foram concluídos pelos Estados, continuarem subordinados à vontade comum dos Estados-membros quer quanto à sua modificação quer quanto à sua ab-rogação” (QUADROS, 1991, p. 196).

4 “As instituições comunitárias acima descritas participam no processo de legislação dos atos comunitários. Essas normativas, que são provenientes dos órgãos comunitários (Conselho, Comissão e Parlamento Europeu), somadas aos tratados institutivos da União Europeia, formam o Direito Comunitário, que deve ser respeitado e interpretado uniformemente por todos os Estados” (ACCIOLY, 2004, p. 187).

cadenciada e homogênea (objetivando a manutenção e promoção da segurança jurídica). Daí a criação do Tribunal de Justiça Europeu como um dos corolários do sistema supranacional.

Como fator de integração, a União Europeia viu-se na progressão cadenciada da aplicação do Direito Comunitário, mantendo relativa independência nos poderes judiciários dos respectivos Estados-Membros, mas promovendo paulatinamente a construção de um Direito Comunitário Europeu comum⁵.

Nessa caminhada rumo a uma estabilização jurídica, nasceram as questões prejudiciais⁶ nos tribunais (tanto nos tribunais de justiça dos Estados-Membros quanto no Tribunal de Justiça Europeu⁷), as quais

5 “Sendo assim, dado o caráter supranacional, integrador, de dito ordenamento, é inevitável que nele adquiram uma particular relevância as técnicas de promoção de uma tutela judicial efetiva, próprias do sistemas constitucionais comparados” (GONZÁLEZ, 2000).

6 “Pedidos dos tribunais nacionais dos estados-membros da UE para que o TEJ esclareça o significado de um fragmento específico de legislação comunitária. Esses pedidos são conhecidos como reenvios prejudiciais. A União tem muitas línguas e interesses políticos que nem sempre são convergentes e, como consequência, os tribunais locais têm com frequência dificuldade em decidir o significado de uma lei específica num dado contexto. O TEJ dará a sua opinião, que pode ou não clarificar o assunto, e devolverá o caso ao tribunal nacional. No contexto dos reenvios prejudiciais, o Tribunal de Justiça só tem competência para ajudar na interpretação da lei, e não para decidir sobre os factos do litígio no âmbito nacional. Indivíduos somente não podem trazer casos ao TEJ. Os empregados das Instituições Europeias (Comissão Europeia, Parlamento Europeu, Conselho da União Europeia, Tribunal de Justiça e Tribunal de Contas) e corpos relacionados podiam processar os seus empregadores no Tribunal de Justiça. Posteriormente a competência para apreciar esses pedidos passou a um tribunal de instância inferior, chamado Tribunal de Primeira Instância, que foi associado ao Tribunal de Justiça em 1989 e que tratou desses casos até 2005, quando para tanto foi criada uma secção jurisdicional especializada, o Tribunal da Função Pública da União Europeia” (Wikipedia).

“O reenvio prejudicial é um mecanismo de direito processual comunitário, “destituído de caráter contencioso”, que permite às jurisdições nacionais dos Estados-membros da União Europeia buscar resposta no Tribunal de Justiça a respeito de uma questão prejudicial à resolução do objeto litigioso que fundamentou eventual ação processual proposta” (SALDANHA, 2001, p. 34).

“Trata-se da possibilidade (reenvio prejudicial) de, a pedido destas, se pronunciar, a título prejudicial, sobre a interpretação de qualquer disposição dos tratados, bem como sobre a interpretação e a validade (e, quanto a esta última, a título exclusivo – acórdão FotoFrost, 1987) dos actos das instituições e do Banco Central Europeu e a interpretação dos estatutos dos organismos criados por actos do Conselho, desde que estes actos assim o prevejam.

Esse pedido, que visa propiciar uma interpretação e aplicação uniformes das regras de direito comunitário, pode ser formulado por qualquer órgão jurisdicional de um dos Estados membros sempre que perante ele seja suscitada uma questão daquele tipo e que ele considere que uma decisão sobre essa questão é necessária ao julgamento da causa; e deve sê-lo obrigatoriamente sempre que uma tal questão seja suscitada em processo pendente perante um órgão jurisdicional nacional cujas decisões não sejam susceptíveis de recurso judicial previsto no direito interno” (MORENO; RAMOS, 2004).

7 “Obtido em “A gênese do actual Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias encontra-se no Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço, instituído em 1951 como primeira organização europeia de integração regional e à qual se juntariam, em 1957, a Comunidade Económica Europeia (que em 1992, com o Tratado de Maas-

funcionam como mecanismos de consulta e informação sobre o direito uniforme e de equalização da aplicação deste⁸.

Essa possibilidade – a questão da invocação do mecanismo das questões prejudiciais no Direito Comunitário Europeu – é percebida no art. 177 do Tratado de Roma⁹, que define competências do Tribunal de Justiça Europeu.

Objetivando justamente a criação de mecanismos que garantam a invocação do Direito Comunitário Europeu, as questões prejudiciais podem ser suscitadas tanto *ex officio* pela autoridade judiciária quanto por particulares (indiretamente) com manifesto interesse¹⁰.

tricht, será designada simplesmente Comunidade Europeia) e a Comunidade Europeia de Energia Atômica. A partir de 1958, o Tribunal de Justiça passa a ser uma das quatro instituições (viriam a ser cinco com o referido Tratado de Maastricht que lhes adicionaria o Tribunal de Contas) comuns às três Comunidades (as demais eram o Parlamento Europeu, o Conselho e a Comissão), desempenhando em relação a todas elas a mesma missão de garantir o respeito do direito na interpretação e aplicação dos Tratados (CECA, CEE e CEEA).

Mais tarde, com a criação da União Europeia pelo Tratado de Maastricht, o Tribunal de Justiça começaria igualmente a exercer as suas competências nalguns dos domínios (de forma que seria entretanto reforçada em 1997, com o Tratado de Amesterdão) cobertos pela cooperação no domínio da justiça e assuntos internos (a que sucederia, em 1997, no plano da União Europeia, a cooperação policial e judiciária em matéria penal), sem no entanto o fazer em relação à política externa e de segurança comum criada na mesma altura” (MORENO; RAMOS, 2004).

- 8 “No que diz respeito à primazia do Direito Comunitário, importante salientar que a doutrina e a jurisprudência comunitárias, inquestionavelmente, impulsionaram a integração europeia, não a desvirtuando de seus objetivos, ao reforçarem a aplicabilidade direta, prevalecendo, assim, o direito comunitário sobre o direito nacional. E, principalmente, o TJCE, que, por intermédio de sua jurisprudência, conseguiu solidificar o projeto de construção europeia, ao reconhecer a primazia da ordem jurídica comunitária sobre a ordem jurídica nacional” (ACCIOLY, 2004, p. 191).
- 9 “O Tratado de Roma determina: ‘Art. 177 – O Tribunal de Justiça é competente para decidir, a título prejudicial: a) Sobre a interpretação do presente Tratado; b) Sobre a validade e interpretação dos atos adotados pelas Instituições da Comunidade e pelo BCE; c) Sobre a interpretação dos Estatutos dos organismos criados por um ato do Conselho, desde que estes Estatutos o prevejam. Sempre que uma questão desta natureza seja suscitada em processo pendente perante um órgão jurisdicional nacional cujas decisões não sejam suscetíveis de recurso judicial previsto no direito interno, esse órgão é obrigado a submeter a questão ao Tribunal de Justiça” (LARANJEIRO, 1993, p. 202).
- 10 Para A. Kaczorowska, *A new right available to individuals under Community law, EPL, vol. 5, Issue 1, 1999, p. 79*, O papel do Tribunal de Justiça na tutela e proteção efetiva dos direitos dos particulares se pode explicar essencialmente por dois motivos. Em primeiro lugar, a necessidade de assegurar a uniforme e correta aplicação do ordenamento comunitário em todos os Estados Membros tem feito com que o órgão jurisdicional comunitário outorgasse um papel especialmente ativo aos particulares ao ser estes os sujeitos mais interessados na correta aplicação das disposições comunitárias, em que são geradoras de direitos subjetivos. Em segundo lugar a relevância dos particulares na esfera comunitário se explica também como uma via para sanar o déficit democrático do projeto comunitário, pois, desta maneira, se outorga uma maior participação aos particulares.
Vide Leite (2004/2005, p. 6) e Torrens (2002, p. 43).

Assim, o ordenamento jurídico europeu permite que os tribunais de justiça dos Estados-Membros também fiquem encarregados da aplicação e correta interpretação do Direito Comunitário, tanto que, invocada uma questão prejudicial por particular, caberá ao juiz proferir decisão sobre a conveniência ou não de submeter tal questão ao Tribunal de Justiça Europeu.

Esse procedimento é denominado de *princípio da cooperação entre os tribunais* justamente porque não se considera essa simbiose uma estrutura verticalizada em que imperam meios impositivos de anulação de sentenças¹¹ provindas de tribunais de justiça de Estados-Membros, embora em certos aspectos ela seja.

Entretanto, em um processo em que uma questão prejudicial é levantada e remetida ao Tribunal de Justiça Europeu, há vinculação específica à lide invocada, pois o teor do acórdão proferido por esse tribunal deverá, necessariamente, nortear a decisão do juízo que invocou a questão¹².

Não obstante tal desiderato, em função do acúmulo de demandas que gradativamente foi assoberbando o Tribunal de Justiça Europeu (a ponto de, a certa altura, colocar em xeque sua própria capacidade de respondê-las), foi criado em 1989 o Tribunal de Primeira Instância, cuja função precípua é justamente aliviar a carga do Tribunal e com isso manter

11 “O Tribunal não é um tribunal federal, pois não tem competência para anular ou declarar a nulidade ou a inexistência de uma norma estadual que contrarie uma norma da União Europeia e também não é um tribunal hierarquicamente superior aos tribunais estaduais, pois, não é um tribunal de revista de sentenças de tribunais dos Estados Membros” (MARTINS, 2004, p. 504).

Comentando sobre os traços de federalismo em julgamentos do Tribunal de Justiça, doutrinam mais recentemente Sarmiento (2004), Komarek (2005, p. 9-34) e Leite (2004/2005, p. 8).

12 “[...] se em um processo em que um órgão jurisdicional nacional tem dúvidas sobre a correcta interpretação ou validade de uma norma ou acto comunitário, tem a disposição o processo das questões prejudiciais, perante o Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia, onde este tribunal lançará um acórdão vinculativo para o tribunal nacional, sobre a questão prejudicial levantada perante o TJCE sobre a norma que pairou dúvida, porém não decidindo o processo *a quo*. Acórdão do TJCE nesse processo, tem o sentido de esclarecer a dúvida do tribunal nacional, que, a luz do que foi decidido no acórdão prejudicial, decidirá o processo em litígio” (LEITE, 2004/2005, p. 7).

a eficácia das decisões comunitárias, porém não lhe é permitida a apreciação de questões prejudiciais¹³.

1.2 O procedimento das questões prejudiciais no Direito Comunitário Europeu

A aplicação do Direito Comunitário em todo o território por este abrangido é impositiva e automática, sendo característica inserta no próprio ordenamento jurídico, motivo pelo qual qualquer tribunal regional poderá ser instigado a manifestar-se sobre legislação distinta do seu sistema pátrio, mas pertencente ao Direito Comunitário Europeu.

Nessa missão, poderá o juiz nacional deparar-se com dificuldades no exercício como juiz comunitário, mormente pela complexidade das leis extravagantes e diversas do sistema nacional, motivo pelo qual poderá utilizar o instrumento das questões prejudiciais para receber da instância *ad quem* orientação quanto ao Direito Comunitário a ser aplicado¹⁴.

É o art. 234º do Tratado da União Europeia que estabelece o rito e o procedimento a serem empregados quando invocadas questões prejudi-

13 “Ao TPI, composto também por quinze juízes, indicados pelos Estados, compete pronunciar, em primeira instância, sem prejuízo de recurso para o TJCE, sobre todas as questões referentes a anulação, a omissão e a indenização, formuladas por pessoas singulares ou coletivas contra a Comunidade; sobre processos em matéria de concorrência; e sobre litígios entre a Comunidade e os seus funcionários e agentes. Curioso destacar que o art. 225 veda-o expressamente de decidir a título pré-judicial, cuja competência é exclusiva do TJCE” (ACCIOLO, 2004, p. 201-202).

14 “Sempre que uma questão desta natureza seja suscitada perante qualquer órgão jurisdicional de um dos Estados-membros, esse órgão pode, se considerar que uma decisão sobre essa questão é necessária ao julgamento da causa, pedir ao Tribunal de Justiça que sobre ela se pronuncie. Pressuposto: decisão de órgão jurisdicional nacional suscitando questão ao TJCE. Compete ao juiz do processo decidir (ex officio/pedido das partes). Cabe ao juiz: formular as questões que pretende ver esclarecidas sobre a interpretação de uma norma/validade de um ato comunitário. Regras Processuais: Momento de Reenvio: economia e utilidade processual; o processo é enviado por correio à Secretaria do TJCE; o despacho de reenvio suspende o processo. Intervenção: (2 meses) as partes na causa são os Estados-membros e as Instituições Comunitárias. Julgamento: acórdão. Conteúdo do Acórdão: Acórdão Interpretativo: interpretação apenas do D. Comunitário. Acórdão sobre questão de validade: não declara *erga omnes* a nulidade do ato comunitário (Recurso de Anulação). Repercussão do Acórdão: a decisão vincula o juiz nacional que recorreu ao Tribunal Comunitário; só é vinculativa no processo em que foi solicitada. Efeito retroativo: as jurisdições nacionais ficam, no futuro, dispensadas de submeter idêntica questão ao TJCE. Reenvio Prejudicial: Tribunais Nacionais - TJCE - interpretação do conteúdo/âmbito dos Tratados e Atos Comunitários - parecer sobre validade dos atos das Instituições Comunitárias. O TJCE em nenhuma hipótese funciona, em relação aos Tribunais Nacionais, como um tribunal de recurso ou como tribunal supremo de um sistema federal” (SILVA, 1999).

ciais. Nele verifica-se a competência do Tribunal de Justiça Europeu para, a título de questão prejudicial, declarar a validade, extensão e interpretação dos atos adotados pelas instituições europeias participantes e pelo Banco Central Europeu¹⁵.

O objetivo da União Europeia na utilização das questões prejudiciais, entre outros, foi de não esvaziar as competências e jurisdições dos organismos judiciários nacionais (estabelecendo, assim, o princípio da cooperação), evitar interpretações conflitantes (o que, necessariamente, prejudicaria a segurança jurídica do bloco comum) e desafogar o Tribunal de Justiça Europeu (que, tendo de responder por toda a aplicação, interpretação e validade do Direito Comunitário, haveria de ser engolfado em uma tarefa hercúlea que obrigaria a criação de uma superestrutura, já existente nos Estados-Membros)¹⁶.

1.3 As questões prejudiciais nos tribunais superiores dos Estados-Membros

Inicialmente convém salientar que o apelo às questões prejudiciais pelas instâncias *a quo* é facultativo (dependerá da interpretação do magistrado quanto à oportunidade e necessidade de tal invocação¹⁷), justamente porque, havendo possibilidade recursal quanto à decisão monocrática, nada

15 “[...] e sobre a interpretação dos estatutos dos organismos criados por atos do Conselho, desde que estes estatutos previnjam. Estão excluídos da competência prejudicial de interpretação e apreciação de validade do Tribunal de Justiça Europeu, entre outros, os seguintes casos: (a) a apreciação da conformidade do direito nacional com o direito comunitário; (b) as situações puramente internas, sem conexão com o direito comunitário; (c) as disposições dos art. 1 a 7 TUE, como exceção do art. 6, n. 2, estão excluídos da jurisdição do TJCE pelo art. 46 do Tratado da União Europeia” (MARTINS, 2004, p. 510).

16 “Ao criar o processo das questões prejudiciais, os autores dos Tratados visaram não apenas evitar divergências na interpretação ou apreciação da validade das normas comunitárias, mas, também, de não sobrecarregar o TJCE com uma massa considerável de casos menores – como certamente aconteceria se todos os tribunais nacionais, qualquer que fosse o seu nível hierárquico, fossem obrigados a submeter-lhe, a título prejudicial, questões dessa natureza perante eles suscitadas” (CAMPOS; CAMPOS, 2002, p. 109).

17 “O Juiz do órgão jurisdicional nacional pode suscitar a questão prejudicial a pedido das partes ou de ofício, em qualquer fase do processo. Cabe a ele decidir se a questão é relevante ou não para a solução do litígio” (LEITE, 2004/2005, p. 9).

impede que a parte prejudicada apele ao tribunal superior nacional para que ele faça a correta interpretação do Direito Comunitário invocado.

Entretanto, quando uma lide que exija a aplicação de Direito Comunitário surgir em um tribunal superior nacional, cujas decisões são irrecuráveis por tratar-se de última instância judiciária, a invocação da questão prejudicial é imperativa. Consta do Tratado da União Europeia:

Art. 234º, par. 3º – Sempre que uma questão desta natureza seja suscitada em processo pendente perante um órgão jurisdicional nacional cujas decisões não sejam susceptíveis de recurso judicial previsto no direito interno, esse órgão é obrigado a submeter a questão ao Tribunal de Justiça.

Com a determinação legislativa acima fica patente a pretensão da União Europeia em estabelecer a obrigatoriedade da invocação da questão prejudicial quando houver dúvida na interpretação, extensão e validade de norma de Direito Comunitário Europeu em tribunal superior nacional em que não haja mais possibilidade de recurso.

Tal imposição volta-se para a necessidade de harmonização e aplicação do princípio da equidade em todos os tribunais dos Estados-Membros sem que para isso tenha o Tribunal de Justiça Europeu de manifestar-se caso a caso. Mas, havendo a imposição da invocação da questão prejudicial, o controle da interpretação, extensão e validade da aplicação do Direito Comunitário continua sob a jurisdição do Tribunal de Justiça Europeu, que se manifesta derradeiramente e cria a jurisprudência que espelha a aplicação pretendida na União Europeia.

Duas foram as teorias criadas com o objetivo de interpretar a obrigatoriedade constante do parágrafo 3º do art. 234º. A primeira, chamada *teoria orgânica*, defende que somente os tribunais nacionais que estão no ápice da hierarquia judicial é que estão vinculados pela norma de obrigatoriedade; a segunda, chamada *teoria do litígio concreto*, argumenta que o

reenvio necessário da questão prejudicial é obrigatório para todo tribunal nacional de cuja decisão não caiba recurso ordinário.

Os defensores da primeira teoria (orgânica) estabelecem que deve ser assim interpretado o parágrafo 3º do art. 234º para evitar a sobrecarga de controvérsias no Tribunal de Justiça Europeu, bem como a antecipação de interpretações que poderiam ser feitas por tribunais nacionais superiores (os quais são competentes para apreciar recursos extraordinários oriundos de tribunais inferiores, mas de instância *ad quem*).

Por outro vértice, os que defendem a aplicação da teoria do litígio concreto argumentam que os recursos extraordinários são exceção, e, como tal, somente são aceitos em situações específicas. Essas particularidades que filtram a possibilidade do manejo dos recursos extraordinários, se impeditivas da invocação da questão prejudicial, acabam por impedir a apreciação, por parte do Tribunal de Justiça Europeu, de matérias importantes para a harmonização e criação de jurisprudência comum para a aplicação do Direito Comunitário.

O Tribunal de Justiça Europeu¹⁸, por sua vez, dissipando as dúvidas pairantes, optou pela aplicação da teoria do litígio concreto, observando que o impedimento de invocação da questão prejudicial pela possibilidade de utilização do recurso extraordinário (justamente por sua estreita admissibilidade) retirava-lhe a obrigatoriedade de interpretação do Direito Comunitário que se fazia necessária.

18 O TJCE, de um modo tangencial e incidental, teve ocasião de se manifestar sobre essa querela. Através do acórdão COSTA-ENEL (C-6/64 de 15/07/1964), o Tribunal Luxemburguês pronunciou que "según los términos del artículo 177 las jurisdicciones nacionales cuyas sentencias son, como en el caso que nos ocupa, inapelables, deben solicitar del Tribunal que se pronuncie a título prejudicial sobre la interpretación del Tratado cuando una cuestión semejante se suscita ante las mismas" (MORENO, 2001, p. 17).

1.4 A extensão das decisões das questões prejudiciais (efeitos materiais e temporais)

O primeiro efeito que deve ser levado em consideração quando existente matéria afeita a uma invocação de questão prejudicial perante o Tribunal de Justiça Europeu é a suspensão do processo, no estado em que se encontra, até a emissão da decisão do Tribunal sobre a questão prejudicial, a qual, se conhecida, servirá como linha condutora para dirimir a controvérsia (agora já interpretada segundo os ditames do Direito Comunitário).

Entretanto, mister se faz a ressalva de que a prudência recomenda que o juiz determine, em exceção e cautelarmente, atos que visem preservar bens e prevenir direitos que, eventualmente, poderão tornar-se ineficazes caso uma medida de urgência não seja tomada¹⁹.

Quando houver matérias idênticas, o acórdão interpretativo do Tribunal de Justiça Europeu vinculará não somente o magistrado *a quo*, do qual partiu a questão prejudicial, mas também os tribunais superiores do mesmo Estado-Membro. Outros juízes poderão, eventualmente, suscitar a mesma questão prejudicial, desde que justifiquem não estar suficientemente esclarecidos ou haja particularidades não dirimidas no acórdão proferido.

Emanado um julgado do Tribunal de Justiça Europeu, tal decisão forma imperiosa jurisprudência de relativa vinculação a ser adotada por todo o sistema judicial europeu²⁰ e culmina no objetivo maior da harmonização e equidade na aplicação do Direito Comunitário.

19 Vide Comunidade Europeia (1990, p. I-2433) e Leite (2004/2005, p. 12).

20 “O Tribunal de Justiça Europeu admite, na caso *Da Costa* (C-28 a 30/62 de 27/03/1963, *Da Costa*, Colet., p. 223), que a autoridade de seu acórdão por ultrapassar o quadro do caso concreto, na medida em dispensa os tribunais supremos dos Estados Membros da obrigação de reenvio que lhes impõe o art. 234 do Tratado da Comunidade Europeia, sempre que a questão de interpretação perante eles suscitadas tenha sido julgada por Acórdão anterior do Tribunal de Justiça Europeu. Seguindo a mesma linha de raciocínio, o TJCE se pronunciou no acórdão CILFIT da seguinte maneira: ‘Se o art. 177, 3.º Parágrafo, do Tratado obriga – sem exceção – as jurisdições nacionais cujas decisões não são susceptíveis de um recurso judicial de direito interno, a submeter ao Tribunal qualquer questão de interpretação perante ela suscitada, a autoridade da decisão anteriormente proferida pelo Tribunal pode no entanto privar essa obrigação da sua razão de ser e esvaziá-la

No tocante aos efeitos temporais dos acórdãos proferidos em questões prejudiciais, determina o Tribunal de Justiça Europeu a aplicação da regra *ex tunc*, quer seja, os efeitos da decisão retroagem e abrangem relações jurídicas existentes antes da invocação e conseqüente resposta da questão prejudicial.

Contudo, o próprio Tribunal de Justiça Europeu, percebendo razões de segurança jurídica e estabilidade econômica em situações já consolidadas por ocasião da publicação do acórdão da questão prejudicial suscitada, limitou a aplicação dos efeitos retroativos, estabelecendo regra de que somente ele concentra competência para fixar os limites intertemporais²¹ de aplicação de seus julgados.

Determinando o Tribunal de Justiça Europeu, em acórdão, que é válida norma suscitada como questão prejudicial, estará o juiz nacional obrigado tão somente a não recusar a aplicação da referida norma, e tal decisão também formará jurisprudência a ser adotada pelos demais tribunais nacionais, salvo se particularidades reclamarem novo reenvio esclarecedor de questão prejudicial.

Quando, ao apreciar questão prejudicial, o Tribunal de Justiça Europeu declarar a invalidez de uma norma, tal fato, por si só, não decretará a nulidade da referida norma (cabará ao órgão comunitário do qual emana

assim do seu conteúdo, é o que se verifica quando a questão suscitada é materialmente idêntica a outra que tenha sido objecto de uma decisão a título prejudicial num caso análogo, ou quando o ponto de direito em causa tenha sido resolvido por uma jurisprudência constante do Tribunal, qualquer que seja a natureza das vias processuais que hajam dado lugar a essa jurisprudência, mesmo na falta de uma rigorosa identidade das questões em litígio. Fica no entanto entendido que em todas essas hipóteses as jurisdições nacionais, incluindo as visadas no 3º. Parágrafo do art. 177º, mantêm a inteira liberdade de recorrer ao Tribunal, se julgarem oportuno' (C-283/81 de 6/10/1982, Colect., p. 3415)" (CAMPOS; CAMPOS, 2002, p. 193).

- 21 "Trata-se de uma derrogação à regra de repartição de competências entre o juiz nacional e o juiz comunitário, pela qual é o juiz nacional que tem competência para aplicar a norma ao caso concreto, e, como tal, é a ele que compete definir os efeitos do acórdão. Esta derrogação baseia-se no objetivo da interpretação e aplicação uniformes do direito comunitário, pois, se cada tribunal nacional pudesse fixar os efeitos no tempo dos acórdãos interpretativos, isso significaria que a norma poderia ser aplicada pelos vários tribunais nacionais de modo divergente, o que exactamente o processo das questões prejudiciais pretende evitar. Todavia, admite o TJ, nestes casos, que as pessoas que já interpuseram um recurso contencioso ou reclamaram, antes do acórdão ter sido proferido, podem prevalecer-se da interpretação dada pelo TJ" (MARTINS, 2004, p. 527).

a norma objeto da questão prejudicial acatar a nulidade e adequar a norma aos preceitos do Direito Comunitário Europeu).

Para todos os efeitos, pelo princípio da primazia do Direito Comunitário e pelo princípio da cooperação, estará o juiz nacional vinculado²² ao acórdão proferido e não poderá decidir fora dos limites pela decisão traçados.

Assim, a apreciação das questões prejudiciais no Direito Comunitário impõe regras de extensão material e temporal que vão desaguar no resultado maior pretendido, que é uma aplicação interpretativa uniforme do Direito Comunitário segundo os critérios jurídicos adotados por sua instância judicial suprema, quer seja, pelo Tribunal de Justiça Europeu.

1.5 A responsabilidade por não cumprimento do Direito Comunitário Europeu suscitado nas decisões das questões prejudiciais

A responsabilidade dos Estados-Membros pelo incumprimento do Direito Comunitário por questões prejudiciais arguidas perante o Tribunal de Justiça Europeu é uma construção jurisprudencial.

Pressentiu o sistema a necessidade da criação de uma responsabilidade estatal, já que não consignada nos tratados edificantes da União Europeia, àqueles que descumpriam as determinações comunitárias comuns, que, conforme amplamente já desenvolvido, são a razão de ser da agregação desses estados europeus.

Por tratar-se de uma construção jurisprudencial ancorada no desenvolvimento de doutrinas de responsabilização, foi sendo feita gradativamente

22 “Porém, no acórdão *International Chemical Corporation (ICC)*, o Tribunal afirmou que, ‘embora dirigida directamente ao juiz que lhe solicitara, constitui razão suficiente para que qualquer outro juiz considere o acto não válido para os efeitos de uma decisão que lhe cumpra proferir’ (C-66/80 de 13/05/1981, Rec. 1981, p. 1191)” (LEITE, 2004/2005, p. 14).

te²³. A cada acórdão apreciador da matéria, eram adicionados subsídios para o reconhecimento do dever de cumprimento das determinações emanadas do Direito Comunitário Europeu.

Por certo que, criado o sistema de harmonização e aplicação do princípio da equidade do Direito Comunitário Europeu por meio das questões prejudiciais, sobreveio a imposição de aplicação do resultado de ditas questões prejudiciais, traduzidas nos acórdãos e decisões do Tribunal de Justiça Europeu e dos demais órgãos judiciários nacionais, desde que consoantes com a jurisprudência do primeiro, resultado que é a noção de justiça pretendida pela União²⁴.

Apesar de não haver notícia, desde a criação do Tribunal de Justiça Europeu, do manejo de ação por incumprimento de aplicação do Direito Comunitário Europeu por parte dos tribunais superiores nacionais (SARMIENTO, 2004, p. 248), duas são as possibilidades desse descumprimento, quer sejam, o não envio ao Tribunal de Justiça Europeu de questão prejudicial que a ele deveria ter sido submetida e o descatamento do conteúdo inserto no acórdão que estabeleceu a questão prejudicial suscitada.

23 “Resumindo, em *Franco vich* (C-6/90 de 19/11/91), o Tribunal de Justiça Europeu decidiu que um Estado Membro pode ser responsabilizado pela não transposição de uma directiva comunitária. Em *Brasseire du pêcheur* (C-48/93, de 05/03/1996), o Tribunal especificou as condições da responsabilidade estatal por violações do direito comunitário cometido pelo legislativo. No acórdão *Hedley Lomas* (C-5/94, de 23/05/1996), o Tribunal de Justiça explicitou que os mesmos princípios aplicados a violação do Direito Comunitário usados em *Franco vich* e *Bresseire du pêcheur* podem ser imputáveis as autoridades administrativas. O que falta no entanto ser discutido e decidido em um caso concreto, era a questão de se um estado poderia ser responsabilizado por incumprimento do direito comunitário por parte de um órgão jurisdicional nacional. Depois de muito tempo desde a implantação da Comunidade Europeia, o TJCE se pronunciou a respeito nos acórdãos *Kobler* (C-224/01, de 31/09/2003) e *Comissão vs. Itália* (C-129/00, de 09/12/2003). Os acórdãos citados referem-se a casos onde um órgão nacional superior dos estados membros desrespeitaram alguma norma do direito comunitário e para tanto, fora interposto dois tipos de meios de efectivação de direitos lesionados: o caso *Kobler* refere-se a uma acção de indenização em via nacional, ante uma actividade judicial que violava o direito comunitário; o segundo caso, *Comissão vs. Itália*, por descumprimento por parte de seus órgãos legislativos e judiciários” (LEITE, 2004/2005, p. 18).

24 “De fato, muitas e muitas normas de justiça, muito diversas e em parte contraditórias entre si, são pressupostas como válidas. Um tratamento científico do problema da justiça deve partir destas normas de justiça e por conseguinte das representações ou conceitos que os homens, no presente e no passado, efetivamente se fazem e fizeram daquilo que eles chamam ‘justo’, que eles designam como justiça. A sua tarefa é analisar objetivamente as diversas normas que os homens consideram válidas quando valoram algo como ‘justo’” (KELSEN, 1998, p.15-16).

A consequência do primeiro ato é a responsabilidade do Estado-Membro por descumprimento de norma do Direito Comunitário Europeu, com a possibilidade de ingresso da ação prevista no art. 226 do Tratado da Comunidade Europeia (infração descrita no art. 234º, § 3º, do mesmo diploma legal).

Prolatado pelo Tribunal de Justiça Europeu acórdão que esclareça questão prejudicial suscitada e não se submetendo o Estado-Membro às diretrizes por essa decisão traçadas, poderá qualquer outro Estado-Membro ou a Comissão Europeia requerer a instauração dos procedimentos legais²⁵ (medidas necessárias para a execução do acórdão – art. 228º do TCE) perante o Tribunal de Justiça Europeu por descumprimento do art. 234º do Tratado da Comunidade Europeia²⁶.

Dessa forma fica claro o papel do Tribunal de Justiça Europeu, ou seja, não se trata tão somente de um órgão consultivo, ele também possui competência e jurisdição, pelo que pode conferir vinculação aos seus julgados²⁷ e impor a todos os Estados-Membros realizar, aplicar e respeitar o Direito Comunitário Europeu como ordenamento a ser seguido acima das legislações pátrias.

25 “A jurisprudência do Tribunal de Justiça Europeu assim definiu: Uma directiva cujo objetivo é fixar e um Estado-membro uma data limite para a execução de uma obrigação comunitária, não interessa apenas às relações entre a Comissão e este Estado; antes produz consequências jurídicas de que podem prevalecer-se tanto os outros Estados-membros interessados na sua execução como os particulares sempre que, por sua própria natureza, a disposição que prescreve essa obrigação é directamente aplicável. Acórdão de 17 de dezembro de 1970, proc. 33/70, caso Spa SACE, Col. P. 1.213” (CAMPOS, 1994, p. 291-292).

26 “Isto é, cumpre-lhe providenciar, pelos meios internos adequados, no sentido de que as disposições referidas sejam acatadas pelos tribunais nacionais” (CAMPOS; CAMPOS, 2002, p. 159).

27 “Ao TJCE foram atribuídas competências de jurisdição voluntária e contenciosa. No primeiro caso, o TJCE se pronuncia sobre a interpretação do direito comunitário, através o reenvio pré-judicial (art. 234), ou manifestar-se sobre a compatibilidade do Tratado com projeto de acordo que a Comunidade pretenda concluir com terceiros Estados ou Organizações Internacionais (art. 300). No segundo caso, compete-lhe salvar a ordem jurídica comunitária quanto a ações por incumprimento das obrigações decorrentes do direito comunitário (art. 228), quanto aos recursos de anulação ou por omissão, referentes ao controle de legalidade das instituições comunitárias (arts. 230 e 232), quanto à reparação de danos causados pelas Instituições ou pelos seus agentes no exercício de suas funções (arts. 235 e 288), e ainda quanto a conflitos que surjam entre a Comunidade e os seus agentes (art. 236)” (ACCIOLY, 2004, p. 195).

2 O MERCOSUL E SEU SISTEMA DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS

2.1 Introdução

Foi no mês de março de 1991 que o Mercado Comum do Sul – Mercosul²⁸ obteve sua criação pelo Tratado de Assunção²⁹. A força dos países que o compõem provém de um projeto coordenado para a integração regional em um só bloco econômico.

Quando criado, o Mercosul contava com o Conselho do Mercado Comum (CMC), órgão superior responsável pela condução política do processo de integração, e com o Grupo Mercado Comum (GMC), que é o órgão executivo, integrado por representantes dos Ministérios das Relações Exteriores. Posteriormente, foram acrescentados outros órgãos³⁰, os quais atendem a funções residuais.

Uma das características marcantes do bloco econômico constituído no Mercosul é sua natureza intergovernamental. O teor do art. 2 do Protocolo de Ouro Preto expõe taxativamente: “são órgãos com capacidade decisória, de natureza intergovernamental, o Conselho do Mercado Comum, o Grupo Mercado Comum e a Comissão de Comércio do Mercosul”.

28 “No processo de integração que se encetou a partir dos acordos Brasil-Argentina dos anos 80, e que evoluiu para o projeto do Mercosul, vemos-nos diante de novas perspectivas da soberania: a da cooperação e a do compartilhamento. Este se faz por dupla via: a da criação de normas supranacionais, no caso chamadas de comunitárias, e da submissão automática a uma autoridade judicial, também comunitária. Aquela só admite normas supranacionais limitadamente, obedecendo aos cânones tradicionais do Direito Internacional Público e, por isso, nascendo as regras de consenso e ficando a implantação desta e das demais medidas que levem à integração para serem executadas pelos Estados, no seu interior” (BAPTISTA; ACCIOLY, 2007, p. 125-126).

29 “Integrado por Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai. O Chile, a Bolívia assinaram um acordo de livre-comércio com o Mercosul em 25 de junho de 1996, e o Peru em 25 de agosto de 2003, não tendo estes três países, entretanto, o *status* dos quatro sócios, participando apenas da primeira fase de integração econômica” (ACCIOLY, 2004, p. 25).

30 “Com o Protocolo de Ouro Preto (POP), de 17 de dezembro de 1994, foram acrescentados a Comissão de Comércio do Mercosul (CCM), a Comissão Parlamentar Conjunta (CPC), o Foro Consultivo Econômico e Social (FCES) e a Secretaria Administrativa do Mercosul (SAM)” (ACCIOLY, 2004, p. 25).

Vários são os fatores preponderantes na opção pela intergovernabilidade na questão do Mercosul. Entre eles, pode-se elencar a evidente diferença de peso geográfico, econômico e social de seus membros, de modo que é compreensível a inserção de um passo mais cauteloso (ao contrário de um sistema supranacional como é a União Europeia³¹), pois há necessidade de criar uma paridade entre os Países-Partes.

Entretanto, partindo da premissa de que cada estado participante é soberano e mormente de que não se submete a regras supranacionais, houve dificuldade em estabelecer um órgão jurisdicional³² para dirimir as controvérsias do bloco, um sistema de resolução de conflitos adequado³³.

Por certo que os avanços pretendidos poderão, eventualmente, aprimorar o sistema de resolução de conflitos atualmente existente no Mercosul para aproximá-lo do modelo europeu³⁴, mas tal perspectiva deve

31 “Cada sistema foi criado para uma circunstância específica, e todos procuraram preservar, de todas as maneiras, a soberania. A exceção foi a União Europeia, onde o projeto era e continua sendo de unificação política. No caso do Mercosul, a característica de pragmatismo de suas instituições auspícia a possibilidade de uma evolução constante, que lhe permitirá adaptar-se às novas realidades. Sou francamente favorável a esse tipo de enfoque, que me parece mais fundado na realidade e de molde mais a facilitar que a impedir o desenvolvimento de relações harmônicas e duradouras entre os parceiros. Como diz o velho brocardo, ‘o ótimo é inimigo do possível’. Se queremos prosseguir com a integração, busquemos o possível” (BAPTISTA; ACCIOLY, 2007).

Vide ainda Bicudo (1998, p. 58) e Accioly (2004, p. 32).

32 “A estrutura orgânica do Mercosul acima descrita não contempla um órgão jurisdicional. O Protocolo de Brasília para a Solução de Controvérsias (PB), assinado em 17 de dezembro de 1991, estabelece um mecanismo provisório para dirimir os litígios no Mercosul. O POP não altera o PB, deixando a revisão do atual sistema com vistas a adoção de um mecanismo permanente de solução de controvérsias, quando culminar o processo de convergência da tarifa externa comum, segundo a redação do art. 44. O Protocolo de Olivos para solução de Controvérsias, assinado em 18 de fevereiro de 2002, a depender de ratificação brasileira para sua entrada em vigor (ratificações pelos Estados sócios: Argentina – Lei 25.663, de 21.10.2002; Uruguai – Lei 17.629, de 11.04.2003; Paraguai – Lei 2.070, de 03.02.2003), derrogará o PB, não sendo, entretanto, o mecanismo definitivo para solucionar os diferendos, já que o seu art. 53 repete o disposto no art. 44 do POP” (ACCIOLY, 2004, p. 27).

33 “[...] É por isso que, no sistema de relações internacionais, em que os Estados são iguais entre si e pretendem preservar, na medida do possível, sua soberania pela via do reconhecimento e afirmação de sua igualdade, se privilegia, primeiro a negociação, depois a conciliação e a mediação, depois, ainda, a arbitragem, e como último recurso, e raramente utilizado, se for a fórmula judicial” (BAPTISTA; ACCIOLY, 2007, p. 129).

34 “A existência de mecanismos processuais similares aos da União Europeia constituiriam uma mudança relevante ao direito do Mercosul, para a ampliação de sua meta integracionista, com a impulsão dos Estados nacionais ao crescimento internacional almejado. Para a concretização da implantação dos instrumentos processuais presentes no direito comunitário em sociedades tão assimétricas como a dos Estados integrantes do Mercosul, devem ser estudadas as modificações estruturais necessárias neste organismo internacional, a fim de analisar a possibilidade da aplicação dos mecanismos processuais da União Europeia. No âmbito do direito do Mercosul, as normas não possuem aplicabilidade direta nos Estados nacionais,

ser olhada, por enquanto, apenas como uma perspectiva, já que evidentes são as diferenças³⁵.

2.1 O sistema existente para solução de controvérsias

Diante deste expediente, em 17 de dezembro de 1991, os representantes dos Estados-Partes firmaram o Protocolo de Brasília para Soluções de Controvérsias, com o objetivo de estabelecer, conquanto calcado totalmente em bases do Direito Internacional Público³⁶, um procedimento para a solução de problemas oriundos da existência do próprio Mercosul³⁷.

É de bom alvitre salientar que o sistema de resolução de conflitos existente no Mercosul não está dirigido somente aos Estados. Entende Baptista (2007, p. 132) que, embora o artigo 1 do Protocolo de Brasília diga que as

pois necessitam do processo de incorporação nos ordenamentos jurídicos destes, inexistente uma instituição permanente para a aplicabilidade e interpretação normativa, além de não haver uniformidade interpretativa de suas regras, deixando a interpretação a cargo do Poder Judiciário de cada Estado-membro, ocasionando entendimentos díspares acerca da mesma situação normativa. A resposta a essas incertezas jurídicas deve ser buscada na Norma Suprema de cada Estado-membro, com o estudo das disposições constitucionais sobre a permissão ou proibição da adoção do direito comunitário no Mercosul, com a consequente discussão acerca de um tribunal supranacional e de mecanismos processuais nessa organização internacional” (SALDANHA; FREITAS, 2007).

- 35 “Segundo o entendimento português, as diferenças podem ser assim sintetizadas: a) o Mercosul preconiza a instituição de um mercado comum, através de uma união aduaneira e da livre circulação dos bens e das pessoas, enquanto a União Europeia preconiza uma união econômica e monetária, além da concretização da integração econômica e política; b) são muito diferentes os fatores que levaram à associação: na Europa, a conjuntura do pós-guerra; no Cone Sul, a conjuntura da globalização e interdependência. Na Europa, razões de ordem político-militar (controle do uso do carvão e do aço) e de ordem econômica e social (pobreza e carência de produtos alimentares); na América do Sul, razões de ordem essencialmente econômica; c) diferenças estruturais e orgânicas: o Mercosul assenta-se na teoria da intergovernamentalidade e no princípio da igualdade jurídica e funcional dos Estados-partes, enquanto a UE assenta-se no institucionalismo e no princípio da proporcionalidade e da desigualdade funcional dos Estados-membros, com órgãos representativos dos governos e órgãos próprios da organização; d) diferenças jurídicas: no âmbito da EU, os doutrinadores classificam as fontes do Direito comunitário em escritas, ou seja, o direito originário (Tratados constitutivos das Comunidades Europeias, protocolos e convenções) e o direito derivado (regulamentos, directivas, recomendações, pareceres e avisos) e os acordos internacionais. Além disso, devem ser consideradas as fontes não escritas, entre elas os princípios gerais do direito, o costume e as regras gerais do direito internacional” (FERNANDES, 1998).
- 36 “Sem inovar, utilizando a forma tradicional do Direito Internacional Público, o PB estabelece três fases para a solução de controvérsias” (ACCIOLY, 2004, p. 29).
- 37 “Na primeira fase transitória, as funções primordiais do sistema de solução de controvérsias adotado foram duas: a da superação de impasses em determinadas situações que, pela regra do consenso, pudessem vir a ser empecilhos ao prosseguimentos do objetivo integracionista, e, de outro lado, apoiar a implementação do Tratado, dando a interpretação correta aos seus termos, impondo sua aplicação em caso de omissão, balizando a aplicação das medidas preconizadas pelo Tratado, tanto pelas Partes como pelo Conselho e pelo Grupo Mercado Comum” (BAPTISTA; ACCIOLY, 2007, p. 134).

controvérsias serão as que surgirem entre os Estados-Partes, na verdade *as pessoas privadas também estarão sob o pálio desse sistema*, mercê do disposto no Capítulo V, que trata das reclamações efetuadas por particulares.

Com a entrada em vigor do Protocolo de Olivos, mormente do seu art. 55, houve a derrogação do Protocolo de Brasília, com o que o sistema de soluções de controvérsias do Mercosul sofreu algumas alterações³⁸.

Do sistema de soluções de controvérsias atualmente estabelecido para o Mercosul podem ser destacados alguns níveis, como será visto a seguir.

2.2.1 A negociação direta

Tendo sido privilegiado o sistema concebido segundo os ditames do Direito Internacional Público, é a negociação direta a primeira forma estabelecida pelo Mercosul para dirimir controvérsias³⁹.

38 “[...] o Mercosul estará recebendo não apenas um grau de solução de controvérsias, como ocorria com o Tribunal Arbitral, mas sim, uma instância de recursos, qual seja o Tribunal Permanente de Recursos, sendo este localizado em Assunção, capital paraguaia. A primeira instância, que continuará ocorrendo no Tribunal *ad hoc*, será acionada por requisição junto à Secretaria Administrativa do Mercosul, que notificará todas as partes envolvidas. O Tribunal *ad hoc* poderá se reunir em qualquer cidade membro do Mercosul. O número de árbitros continuará o mesmo: serão indicados três árbitros escolhidos de uma lista prévia (esta lista contudo, passará de dez para doze pré-árbitros por Estado), e ainda um suplente para o árbitro titular, também escolhido da lista. Em comum acordo, será designado um árbitro terceiro, para que presida o Tribunal (o presidente e assessores não poderão ser nacionais não poderão ser dos Estados envolvidos). O prazo para apresentação de nomes será de 15 dias, sendo os árbitros sorteados pela Secretaria Administrativa, em 2 dias, se este for extrapolado. Para a defesa de seus interesses, os Estados envolvidos designarão seus representantes e assessores no próprio Tribunal *ad hoc*. Nada impede que, se houver convergência de interesses, os Estados unifiquem suas representações. *Do Pedido*: o pedido que for feito na Inicial apresentada no Tribunal Arbitral não poderá ser expandido posteriormente. Também será informado na Inicial, como preliminar, as instâncias anteriores que foram acionadas (Negociação simples ou Negociação conjugada com decisão do GMC). *Liminares*: uma vez recebida a Inicial, o Tribunal, existindo grande indício de existência de direito à parte, poderá proferir Medidas Provisórias (em miúdos processuais, Medida Cautelar ou mesmo Tutela Antecipada) para assegurar o direito ameaçado. Nada impede, contudo, que estas medidas sejam retiradas antes mesmo da decisão final, a critério do próprio tribunal). Não tendo sido a MP revogada pela decisão arbitral e, havendo recurso ao tribunal superior, esta deverá ser mantida até a primeira reunião da Instância Recursal, não podendo ser revogada neste intervalo ‘TA-TPR’. *Decisão*: a decisão arbitral poderá ser emitida em até 60 dias, prorrogáveis por mais 30 dias, se assim decidir necessário o próprio tribunal” (MOMBACH, 2002).

39 “O primeiro estágio da solução de controvérsias de Brasília mantém-se intacto. Segundo o art. 4º do novo diploma as partes, obrigatoriamente, tentarão a via direta de negociação de conflitos. Esta negociação, contudo, poderá ser complementada por Comissões Técnicas Especializadas, previstas no art. 2º, que prestarão conhecimento técnico já na primeira fase do litígio. Dentro de 15 dias, os resultados deverão ser informados ao Grupo Mercado Comum, por meio da Secretaria Administrativa do Mercosul” (MOMBACH, 2002).

O prazo estabelecido é de quinze dias, contados da data em que o Estado-Parte, de onde se originou a controvérsia, comunica à parte *ex adversa*, quer seja, o Estado-Parte suscitado, a existência de uma questão a ser dirimida⁴⁰.

Não há dúvidas de que a tradição dos Estados de possuir meios diplomáticos de negociação direta⁴¹ facilita em muito o célere esclarecimento e composição de eventuais litígios⁴². A tradição diplomática é prática centenária e ferramenta fundamental nas relações entre os Estados.

Sendo a confiança entre os Estados fator fundamental para a manutenção das relações comerciais e integracionistas, entre outras, é de boa política um esforço para a rápida solução de tais controvérsias, pois a demora ou o desinteresse nessas mesmas soluções implica em um descrédito geral dos demais Estados, e assim quebra esse patrimônio de confiança que é muito desejável.

2.2.2 A intervenção do GMC como órgão conciliador

Sendo infrutífera a negociação direta, há a possibilidade de as partes optarem pela intervenção do Grupo Mercado Comum como órgão conciliador, a ser invocado para encontrar uma solução justa para a controvérsia.

Uma das características principais e inovadoras do Protocolo de Olivos em relação ao de Brasília é o fato de que poderão as partes (con-

40 “Será conduzida por intermédio dos Coordenadores Nacionais do GMC, de acordo com os arts. 2º e 3º do Regulamento do PB (Decisão CMC 17/98)” (ACCIOLY, 2004, p. 33).

41 “O entendimento direto responde, no dia-a-dia, pela solução de elevado número de conflitos internacionais. Talvez não se perceba essa realidade em razão de uma generalizada tendência a não qualificar como conflitos verdadeiros aqueles tantos que não produzem maior tensão, nem ganham notoriedade: são estes, justamente, os que melhor se habilitam a resolver-se pela mais singela das vias possíveis, qual seja a negociação entre os contendores, sem qualquer apoio, instrumental ou substancial, de outras pessoas jurídicas de direito das gentes” (REZEK, 2002, p. 331).

42 “O Tratado de Assunção, que colocou os fundamentos do sistema, no seu Anexo III, dispõe que as controvérsias entre os Estados serão enfrentadas: primeiro por *negociações diretas* entre os litigantes, depois, em etapas sucessivas pela atuação do Grupo Mercado Comum ou do Conselho do Mercado Comum” (BAPTISTA; ACCIOLY, 2007, p. 131).

junta ou isoladamente), percebendo que tal procedimento não resultará em uma solução satisfatória, suprimir essa fase e passar diretamente para a fase arbitral⁴³.

Outra situação que deve ser levada em conta é a possibilidade de um Estado-Parte terceiro (não envolvido diretamente na contenda⁴⁴), comprovando seu interesse em um determinado posicionamento do GMC, vir a integrar a lide para, justamente, obter desse órgão um posicionamento que possa nortear as ações futuras.

Nos termos do art. 4, 2, do Protocolo de Brasília, havendo necessidade técnica, poderá o GMC requisitar o assessoramento de especialistas. Se o resultado for reconhecido pelo GMC e o Estado lesante não cumprir a obrigação imposta, o Estado suscitante poderá recorrer diretamente ao procedimento arbitral (inteligência do art. 7 do PB).

2.2.3 O procedimento arbitral

Se ainda assim o litígio não for resolvido, qualquer dos Estados-Partes poderá comunicar à Secretaria Administrativa sua intenção de recorrer ao procedimento arbitral. O procedimento arbitral terá início neste momento. A própria Secretaria faz a comunicação aos demais Estados envolvidos, bem

43 “Nesta segunda fase, encontram-se as primeiras grandes alterações trazidas pelo Protocolo de Olivos. Ao contrário do antigo procedimento, que previa a negociação coletiva por via do GMC, agora este estágio poderá ser suprimido: as partes podem optar por esta via, porém terão a alternativa, direta, de recorrer a Procedimento Arbitral (ou mesmo ao grau recursal, como veremos adiante) Se houver preferência pela assistência do GMC, a lide será discutida pelas partes com o auxílio de especialistas, sendo as custas repartidas pelas partes envolvidas em igual proporção. (art. 6º, 2, I e II). Se um terceiro Estado (obviamente, do Mercosul), porém, solicitar o recurso ao GMC ao término da Negociação Direta, de forma fundamentada, este deverá ser respeitado. Se já tiver sido iniciado o Procedimento Arbitral, este só será interrompido se houver acordo entre o terceiro e o Estado que o solicitou. Do GMC, serão emanados dois tipos de decisão: as coercitivas, sendo as partes aquelas envolvidas no conflito; e as consultivas (recomendações, etc.), para os estados terceiros que solicitem sua tutela sobre o caso litigado. As decisões são tomadas em um período máximo de 30 dias (art. 9º)” (MOMBACH, 2002).

44 “O PO, no capítulo V, que trata da conciliação, permite ao terceiro Estado que não figure na controvérsia acionar a via conciliatória, desde que demonstre ser do seu interesse um posicionamento do GMC. Por se tratar de um acordo quadripartite, com a possibilidade de ingresso de outros países... e é de todo oportuno que países que tenham algum interesse na lide possa nela intervir” (ACCIOLY, 2004, p. 34).

como aos demais Estados-Partes e ao Grupo Mercado Comum, e será a responsável pela tramitação da controvérsia.

O Tribunal Arbitral será composto de três árbitros. Cada Estado envolvido indicará um árbitro titular e um suplente, de uma lista de dez por ele apresentada e registrada na Secretaria. O Presidente do Tribunal Arbitral será escolhido de comum acordo pelas partes; se isso não ocorrer, haverá sorteio entre os dezesseis nomes de uma lista elaborada pelo Grupo Mercado Comum.

O Presidente do Tribunal Arbitral não poderá ter a nacionalidade de qualquer das partes envolvidas. Os árbitros que compuserem a lista deverão ser juristas de reconhecida competência nas matérias que constituem o objeto da controvérsia.

A arbitragem ocorrerá na sede escolhida pelo Tribunal Arbitral, que também indicará as regras dos procedimentos a serem adotados durante o processo. Apesar dessas regras específicas, a arbitragem deverá obedecer aos princípios de ampla defesa, dilação probatória e celeridade processual.

O Tribunal Arbitral poderá ditar medidas provisórias até que seja estabelecido o laudo final. Os laudos arbitrais deverão ser obtidos por maioria, além de fundamentados e firmados pelo Presidente e demais árbitros. As decisões proferidas pelo Tribunal Arbitral são inapeláveis, o que as torna obrigatórias no prazo de quinze dias, ou no prazo fixado, a partir do recebimento da notificação pela parte vencida.

No entanto, as partes poderão solicitar esclarecimentos sobre a forma de cumprimento do laudo, e, nesse caso, o Tribunal tem poderes para suspendê-lo até que as respostas sejam dadas. Se as determinações do laudo não forem cumpridas, a parte vencedora poderá estabelecer medidas compensatórias.

Quando o particular – pessoa física ou jurídica – apresentar reclamação subsidiada por normas legais ou administrativas de efeito restritivo, discriminatórias ou de concorrência desleal baixadas por qualquer Estado-Membro em desconformidade com tratados, acordos, decisões e resoluções do Mercosul, poderá vir a instaurar-se o procedimento arbitral. A reclamação deverá ser dirigida à Seção Nacional do Grupo Mercado Comum do Estado-Membro no qual o particular tenha residência ou sede de seu negócio, acompanhada de comprovantes da violação alegada e da ameaça de prejuízo.

Admitida a reclamação, o Grupo Mercado Comum convocará um grupo de especialistas, que analisará a questão e emitirá parecer no prazo improrrogável de 30 (trinta) dias. Se o parecer técnico indicar a procedência da reclamação, qualquer Estado-Membro poderá requerer diretamente ao Estado infrator que adote medidas corretivas ou anule as medidas questionadas.

Se nenhum resultado favorável for obtido, será instaurado o procedimento arbitral com as mesmas características descritas anteriormente. O particular só poderá acompanhar as fases iniciais do procedimento (negociação direta e mediação) e não tem nenhum poder dos previstos às partes, uma vez que o procedimento arbitral fixado pelo Protocolo de Brasília contempla somente os Estados-Membros.

Entende Branco (1997, p. 170) que, com relação às formas de resolução das controvérsias, o método arbitral é o meio mais rápido de resolver os conflitos resultantes da má interpretação e aplicação dos tratados constitutivos, nas áreas de integração.

Contudo, esse método é incapaz de oferecer a formulação de uma jurisprudência uniforme que contribua para a criação de um novo direito nas áreas em questão. Já os Tribunais de Justiça Comunitários, dotados de poderes supranacionais, expressam não só as preocupações anteriores, como

também conseguem interagir equilibradamente com as instâncias negociais e manter, destarte, a legitimidade e a segurança jurídica do processo de integração, o que os torna uma fonte geradora do direito (BRANCO, 1997, p. 170).

2.3 As opiniões consultivas criadas pelo Protocolo de Olivos

A criação das opiniões consultivas está prevista no art. 3 do Capítulo III do Protocolo de Olivos, que conta com a seguinte redação:

O Conselho do Mercado Comum poderá estabelecer mecanismos relativos à solicitação de opiniões consultivas ao Tribunal Permanente de Revisão definindo seu alcance e seus procedimentos.

Com a existência desse novo instrumento, aproximou-se, em parte, o Mercosul⁴⁵ do mecanismo consagrado na União Europeia – o envio das questões prejudiciais –, uma vez que tal instrumento pretende dois objetivos claros.

O primeiro é imediato, que é justamente resolver no caso concreto a correta aplicação do Direito Comunitário do Mercosul⁴⁶, quer seja para dirimir controvérsias sobre conflitos entre normas do próprio Direito

45 “A grande novidade referente às opiniões consultivas foi a de conferir ao poder judiciário dos Estados-Partes a possibilidade de usufruir deste mecanismo. Caberá aos Tribunais Superiores centralizar os pedidos de opiniões consultivas atuando como autoridade central para este fim. A partir daí, tais questões serão encaminhadas ao TPR para interpretar o Direito do Mercosul e assim auxiliar os magistrados na aplicação e na harmonização do novel direito. O PO traz ao Mercosul, guardada as devidas proporções, a figura do reenvio pré-judicial, nascida no Tratado do Benelux, inserida no Tratado de Roma, e lapidada pelo Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, o grande responsável pela interpretação uniforme do Direito Comunitário. Hoje, mais de dois terços das decisões prolatadas pela Corte de Justiça Europeia dizem respeito ao reenvio pré-judicial” (BAPTISTA; ACCIOLY, 2007, p. 154).

46 “Embora já tenha esse tribunal exarado opiniões consultivas, a disseminação dessa prática só se dará após a devida regulamentação. A importância das opiniões consultivas é dúplice:

1) como mais de 90% das divergências relativas à aplicação de normas internacionais são resolvidas por juízes ou tribunais nacionais, é indispensável, para o bom funcionamento do bloco econômico, que haja um grau mínimo de interpretação uniforme, a ser dada, no seio do Mercosul, pelo TPR; 2) no atual estágio normativo, é por meio dessa opinião que o TPR poderá exarar interpretações em tese sobre normas do bloco aplicáveis a pessoas ou empresas, que posteriormente seriam aplicadas no caso concreto pelo juiz nacional” (RODAS, 2007).

Comunitário, quer seja para, conforme o caso, declarar a supremacia desse direito sobre sistemas internos dos Estados-Partes.

O segundo é mediato, isto é, a construção de um repositório jurídico de consultas⁴⁷ que possa nortear as condutas dos Estados-Partes, na medida em que as opiniões consultivas poderão dissipar dúvidas sobre a aplicação do direito comunitário previsto no Mercosul e, com isso, assegurar direitos e prevenir conflitos.

Entretanto, e seguindo a diretriz dogmática do Mercosul, quer seja, um sistema intergovernamental (e não supranacional, como previsto e aplicado na União Europeia), mesmo as opiniões consultivas criadas no Protocolo de Olivos têm eficácia e procedimento limitados⁴⁸.

Uma das primeiras limitações consiste no fato de que, não obstante os tribunais superiores⁴⁹ e órgãos do Mercosul poderem invocar opiniões consultivas ao Tribunal Permanente de Revisão para a aplicação do Direito

47 “Além do Tribunal Permanente, o presidente da Corte Suprema de Justiça do Uruguai, Leslie Van Rompaly Servilho, apontou as ‘opiniões consultivas’ como uma importante ferramenta para uniformizar a interpretação do direito do Mercosul. Segundo ele, qualquer tribunal que esteja resolvendo um caso afetado por questões no âmbito do Mercosul pode enviar uma solicitação de opinião consultiva ao Tribunal de Revisão por meio da Suprema Corte do seu Estado. Ressaltando a importância das ‘opiniões consultivas’ - são a ‘coluna vertebral do Direito Comunitário’, afirmou -, o presidente do Tribunal Permanente de Revisão do Mercosul, José Antonio, mostrou-se preocupado com o fato de que até hoje nenhuma delas chegou ao Tribunal Permanente. Ele também ressaltou que as Cortes Supremas devem atuar como um filtro capaz de impedir que ‘instrumento tão valioso do Direito Comunitário’ não seja usado como um artifício para adiar infinitamente a solução de litígios” (ENCONTRO DE CORTES SUPREMAS DO MERCOSUL, 2004).

48 “[...] o ministro Carlos Velloso, do STF, afirmou que o exemplo do Tribunal de Justiça europeu de Luxemburgo, cúpula do sistema judicial na comunidade europeia, deveria ser seguido pelos países signatários do Tratado de Assunção - que constituiu o Mercado Comum do Cone Sul. Para ele, é essencial a criação de um Tribunal de Justiça supranacional do Mercosul. ‘Mas essa é uma medida de longo alcance. E conhecendo como conhecemos a burocracia latina, discussões inúmeras serão travadas, gerações e gerações participarão de tais discussões, e a grande solução virá só Deus sabe quando’, criticou o ministro. Ele citou o Tribunal Permanente de Revisão do Mercosul como uma ‘grande inovação’, criada pelo Protocolo de Olivos. O tribunal é integrado por cinco árbitros, quatro indicados pelos países-membros e um escolhido por unanimidade ou sorteio pelos quatro Estados” (ENCONTRO DE CORTES SUPREMAS DO MERCOSUL, 2004).

49 Nos termos da Decisão CMC n. 02/07, art. 2º, são considerados Tribunais Superiores competentes para solicitar as opiniões consultivas ao TPR os seguintes tribunais: - pela República Argentina, Corte Suprema de Justicia de la Nación; - pela República Federativa do Brasil, Supremo Tribunal Federal; - pela República do Paraguai, Corte Suprema de Justicia; e - pela República Oriental do Uruguai, Suprema Corte de Justicia y Tribunal de lo Contencioso Administrativo. Por certo que essa decisão do CMC deverá ser em breve revista, já que outros países já estão incorporados ao Mercosul e, como tais, deverão indicar os órgãos competentes a solicitar perante o Tribunal Permanente de Revisão eventuais opiniões consultivas.

do Mercosul, o resultado dessas opiniões consultivas não tem poder vinculativo, ou seja, mantendo a jurisdição absoluta, os tribunais superiores poderão adotar ou não a diretriz traçada em uma opinião consultiva.

Uma outra questão é que, ao contrário da União Europeia, que permite ao magistrado *a quo*, se julgar relevante o procedimento, suspender o trâmite de determinado feito e pedir diretamente ao Tribunal de Justiça Europeu o reenvio prejudicial, no Mercosul tal procedimento é de exclusividade dos tribunais superiores e dos órgãos componentes do próprio Mercosul.

Essa restrição justifica-se pela ordem constitucional dos países formadores do bloco, mormente o Brasil – o que, por si só, já dificulta a existência de um Tribunal do Mercosul⁵⁰ –, onde a supremacia de jurisdição dos tribunais superiores (*in casu*, o Supremo Tribunal Federal e, em matéria infraconstitucional, o Superior Tribunal de Justiça) é ainda mais realçada pela existência da Súmula Vinculante⁵¹.

Porém, a existência de impedimentos para o pleno vigor das opiniões consultivas pelas estruturas constitucionais dos países do bloco não impossibilitou que já na primeira invocação o Tribunal Permanente de

50 “A criação do Tribunal do Mercosul implicará na modificação, em diferentes graus, das Constituições dos países envolvidos. Será preciso que elas admitam a existência de um órgão judicial supranacional, que predomine sobre a estrutura dos respectivos Poderes Judiciários e parece haver obstáculos intransponíveis, ao menos do ponto de vista da Constituição Brasileira, como apontou o Ministro Moreira Alves em conferência, no seminário promovido pelos cursos de Pós-Graduação em Direito da UGF, 1993, Rio VDR/Editora Central, p. 107” (BAPTISTA; ACCIOLY, 2007, p. 147).

51 “LEI Nº 11.417, DE 19 DE DEZEMBRO DE 2006. Regulamenta o art. 103-A da Constituição Federal e altera a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, e dá outras providências. O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei: Art. 1º Esta Lei disciplina a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal e dá outras providências. Art. 2º O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, editar enunciado de súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma prevista nesta Lei. § 1º O enunciado da súmula terá por objeto a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja, entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública, controvérsia atual que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre idêntica questão” (BRASIL, 2006).

Revisão⁵² respondesse positivamente no sentido da primazia da aplicação do Direito do Mercosul sobre a legislação nacional e fosse enfático em afirmar que tal posicionamento é fundamental para a consagração da integração regional.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Há uma clara diferença entre a União Europeia e o Bloco do Mercosul, e essa diferença cinge-se basicamente na intensa procura dos europeus por uma unidade que arefeça os poderios regionais e traga um sentimento de paz duradouro e progresso conjunto (os traços imutáveis que Aristóteles enxergava no homem eram os contidos na sua definição mesma – a animalidade dotada de potência racional – e as propriedades imediatamente derivadas dessa definição, entre as quais a socialidade).

52 “O Tribunal de Revisão do Mercosul (TPR) publicou, no último dia 3 de abril, sua primeira opinião consultiva, elaborada a pedido da Corte Suprema de Justiça da República do Paraguai. O TPR foi acionado pela primeira vez cinco anos após a sua criação em 2002. A aprovação do Protocolo de Olivos (PO) não inovou apenas ao criar o TPR: uma segunda instância para as controvérsias entre países do bloco. Com ele também surgiu a possibilidade de os tribunais superiores nacionais solicitarem opiniões consultivas sobre a interpretação de normativas do Mercosul (art. 4º do Regulamento do Protocolo de Olivos - RPO). A opinião foi solicitada por força do litígio judicial em que a empresa paraguaia Norte S.A. Importação e Exportação entrou com demanda judicial para receber indenização por danos e lucros cessantes causados pela companhia argentina Laboratórios Northia Sociedad Anônima. O objeto do conflito entre as empresas é um contrato de compra e venda de mercadorias. O litígio suscita um conflito entre o Protocolo de Buenos Aires (PBA) sobre jurisdição em matéria contratual (aprovado pela Decisão do Conselho Mercado Comum - CMC - n.º 01/94) e a lei paraguaia n.º 194/93. O PBA, em seu capítulo I, permite que as partes utilizem-se do princípio da autonomia da vontade para eleger o foro competente para demandas contratuais, sempre que as empresas estejam localizadas em diferentes países do Mercosul. O art. 2º, no entanto, exclui do âmbito de aplicação do Protocolo alguns tipos de contrato, entre eles os de compra e venda ao consumidor, transporte e seguro. A empresa paraguaia interpôs a ação perante o juízo de Assunção, Paraguai, ao qual a companhia argentina opôs exceção de incompetência, alegando que o foro eleito pelas partes era o dos Tribunais Ordinários da Cidade de Buenos Aires, conforme cláusula 22 do contrato. A parte paraguaia questiona a validade da escolha de foro feita pelas partes, já que a norma paraguaia Decisão CMC n.º 10/96, que exclui os contratos com consumidores da possibilidade de eleição de foro. Em sua fundamentação, o TPR faz longa análise sobre a prevalência da normativa do Mercosul sobre a lei nacional e argumenta que, ainda que nem todas as Constituições dos países do bloco expressem a prevalência dos tratados internacionais sobre as leis nacionais, o Direito do Mercosul possui caráter de norma comunitária, ou seja, sua prevalência sobre as leis nacionais é necessária para que se alcance o objetivo da integração regional. A decisão conclui pela prevalência da normativa Mercosul sobre as normas de direito interno dos Membros do bloco e, portanto, a prevalência do PBA sobre a lei paraguaia n.º 194/93, no caso em questão. De acordo com o Tribunal, a aplicação do PSM não pode ser considerada em virtude de não ter sido ratificado pelos países, e, portanto, ainda não ter vigência. A solução do caso concreto, no entanto, será emitida pela Justiça paraguaia, pois o TPR entende que o objeto do contrato assinado pelas partes é a compra e venda ao consumidor, o que se encaixa dentro das exceções de aplicação do PBA e exclui, deste modo, sua aplicação no caso” (International Centre..., 2007).

Nessa busca, a criação do sistema de reenvio das questões prejudiciais objetiva não só a aplicação régia do Direito Comunitário para todos os seus cidadãos, mas que todos esses cidadãos sintam-se engolfados por um sistema único que unifique e uniformize essa parte do continente europeu.

O princípio da cooperação foi a solução encontrada pela União Europeia não só para evitar o esvaziamento da competência do Poder Judiciário dos Estados-Membros, mas para chamá-lo, justamente, para compor e construir o modelo de união pretendido, em que todos os tribunais judiciais são concitados a cooperar na edificação da paz com segurança jurídica e bem-estar social.

Se a União Europeia pode ser explicada pela sua história, sendo necessário, para tanto, que se analise cada um dos seus tratados substitutivos ou complementativos, como, por exemplo, o Tratado de Lisboa, é na sua essência⁵³ que se encontra sua função e destino, pois é no contido em cada tratado e em seu substitutivo que se vislumbra a intenção da união como tal, e essa união foi e é fruto de impulsos individuais em direção do bem comum. Não são os Estados que constroem os sistemas na busca da paz, mas as pessoas – os indivíduos⁵⁴.

Diferentemente acontece com o Bloco do Mercosul. Por motivos vários ainda não se alcançou um nível suficiente para a aplicação de um sistema supranacional. Tal realidade ainda está vinculada à consolidação, entre outras condições, da democracia no continente sul-americano, e não há possibilidade imediata da execução de uma organização que esteja, estrutural e institucionalmente, acima dos Estados que compõem a América Latina.

53 G. W. Hegel diria: *Wesen ist was gewesen ist!* Em uma tradução livre: a essência de algo é aquilo que afinal ela se torna!

54 “Nos dizeres do filósofo: nenhum regime, nenhum Estado, tem o direito de agir como intérprete da verdade, subjugando as consciências individuais, pois é nestas, e não nele, que vive e espande o dom da inteligência” (CARVALHO, 2004, p. 302).

Entretanto, observam-se consistentes avanços do Mercosul rumo à fortificação do sistema e sua valorização como instituição não somente destinada a reger relações comerciais, mas também toda uma política comum, abrangente e incluidora dos pontos culturais e sociais.

A criação das opiniões consultivas – com o projeto viável da implantação de um Tribunal Permanente para os assuntos do Mercosul – é um passo decisivo para a integração dos países componentes desse bloco regional. A sua função de equalizar os direitos comunitários e, na medida do possível, instigar os sistemas internos dos Estados-Partes a adaptarem-se às regras comuns do Mercosul é instrumento fundamental para tornar consistente o bloco e ampliar sua abrangência para outras áreas do convívio comunitário, além da econômica.

Percebe-se então a verdadeira noção de autoridade e hierarquia, entendidas como harmônicas e conviventes, pois diria o pensador (GARCÍA-PELAYO apud SERRA, 1970, p. 151) que

Se trata de un reino no encuadrado por el espacio y por el tiempo, sino extendido en la eternidad, no fundado en la dominación sino en la comunión, no integrado por la subordinación sino por la participación, no existente primariamente en instituciones y actos externos (aunque manifestado en ellos) sino viviendo originariamente en la intimidad de cada uno, y no mantenido por el poder sino por la autoridad que se identifica con el servicio a la comunidad.

4 REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Elizabeth. *Sistema de solução de controvérsias em blocos econômicos*: contributo para o sistema permanente de solução de controvérsias do Mercosul. Coimbra: Almedina, 2004.

BAPTISTA, Luiz Olavo; ACCIOLY, Elizabeth. Mercosul – Mercosur: estudos em homenagem a Fernando Henrique Cardoso. Organização de Maristela Basso. São Paulo: Atlas, 2007.

BICUDO, Hélio. Modelos de solução de controvérsias nos processos de integração regional. In: OLIVEIRA, H. A. (Org.). *Relações internacionais e sua construção jurídica*: a Alca e os blocos internacionais. São Paulo: FDT, 1998. v. 2.

BRANCO, Luizella. *Sistema de solução de controvérsia no Mercosul*. São Paulo: LTR, 1997.

BRASIL. Lei n. 11.417, de 19 de dezembro de 2006. Regulamenta o art. 103-A da Constituição Federal e altera a Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999, disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 20 dez. 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/_Ato2004-2006/2006/Lei/111417.htm>.

CAMPOS, João Mota de. *Direito comunitário*: o ordenamento jurídico comunitário. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994. v. 2.

CAMPOS, João Mota de; CAMPOS, João Luiz Mota de. *Contencioso comunitário*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CARVALHO, Olavo de. *O jardim das aflições*. 2. ed. São Paulo: É Realizações, 2004.

COMUNIDADE EUROPEIA. Tribunal de Justiça. Processo C-213/89, Factortame I, julgado em 19 de junho de 1990.

ENCONTRO DE CORTES SUPREMAS DO MERCOSUL, 2., 2004, Brasília. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/encontro2/noticias/noticias_noticia_18.htm>.

FERNANDES, Antônio José. União Européia e Mercosul: dois processos de integração. Universidade do Minho e Comissão Européia. 1998. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/dspace/bitstream/2011/16656/1/Mercosul_Tribunal_Supranacional.pdf>.

GIULIANO, Mario; SCOVAZZI, Tulio; TREVES, Tulio. *Diritto internazionale*. Milano: Giuffré, 1991.

GONZÁLEZ, José Palacio. *Derecho processual y del contencioso comunitario*. Navarra: Aranzadi, 2000.

International Centre for Trade and Sustainable Development. Primeira opinião consultiva do Tribunal de Revisão do Mercosul. *Pontes Quinzenal*, v. 2, n. 3, 23. abr. 2007. Disponível em: <<http://ictsd.org/i/news/pontesquinzenal/5188/>>.

KELSEN, Hans. *O problema da justiça*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KOMAREK, Joan. Federal elements in the community judicial system: building coherence in the community legal order. *Common Market Law Review*, n. 42, 2005.

LARANJEIRO, Carlos. *Tratado de Roma*. Coimbra: Almedina, 1993.

LEITE, Rodrigo de ALMEIDA. *Mecanismo das questões prejudiciais*: seminário de contencioso comunitário. Faculdade de Direito de Lisboa, ano letivo de 2004/2005.

MARTINS, Ana Maria Guerra. *Curso de direito constitucional da União Européia*. Coimbra: Almedina, 2004.

MOMBACH, Arthur Becker. O protocolo de Olivos: um tribunal permanente para o Mercosul. março de 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2893>>.

MORENO, Carlos; RAMOS, Rui Manoel Moura. Instâncias europeias: Tribunal de Justiça e Tribunal de Contas. *Janus*, Lisboa, 2004. Disponível em: <www.janusonline.pt>.

MORENO, Juana Morcillo. La cuestión prejudicial comunitária: la obligación de remisión prejudicial. *Noticias de la Unión Europea*, n. 201, out. 2001.

QUADROS, Fausto de. *Direito das comunidades européias e direito internacional público*. Lisboa: Almedina, 1991.

REZEK, José Francisco. *Direito internacional público*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

RODAS, João Grandino. Falta ao Mercosul um eficiente sistema de solução de conflitos. *Consultor Jurídico*, São Paulo, dez. 2007. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2007-dez-17/falta_bloco_bom_sistema_solucao_conflitos>.

SALDANHA, J. L. *Cooperação jurisdicional*: reenvio prejudicial: mecanismo processual a serviço do direito comunitário: perspectiva para a adoção no Mercosul. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes; FREITAS, Silviane Meneghetti de. Mecanismos processuais da União Européia: um paradigma para

o Mercosul. *Revista Jurídica*, Brasília, v. 9, n. 84, abr./maio 2007.
Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_84/Artigos/JaniaSilviane_rev84.htm>.

SARMIENTO, Daniel. Poder Judicial e Integración Europea. Madrid: Civitas, 2004.

SERRA, Antonio Truyol y. *Historia de la filosofía del derecho y del estado*: de las orígenes a la baja Edad Media. 4. ed. Madrid: Revista de Occidente, 1970. v. 1.

SILVA, Roberto Luiz. *Direito comunitário e da integração*. 1. ed. Porto Alegre: Síntese, 1999.

Sítios consultados

<http://pt.wikipedia.org/wiki/Uni%C3%A3o_Europeia>

<http://pt.wikipedia.org/wiki/Tribunal_de_Justi%C3%A7a_da_Uni%C3%A3o_Europeia>

<http://www.crcsp.org.br/portal_novo/legislacao_contabil/arbitragem/110.htm >

TORRENS, Joan David Janer. *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos nacionales por infracción del derecho comunitário*. Valência: Tirant lo Banch, 2002.

NOTICIÁRIO

DISCURSO DE POSSE DO DOUTOR CLÁUDIO VALDYR HELFENSTEIN NO CARGO DE DESEMBARGADOR DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA

"Exmo. Sr. Dr. Des. João Eduardo Souza Varela, Digníssimo Presidente do egrégio Tribunal de Justiça de Santa Catarina, peço vênica para saudar os demais ilustres integrantes da mesa de honra.

Excelentíssimos colegas desembargadores, desembargadoras, demais magistrados, magistradas, membros do MP, advogados, familiares, servidores, autoridades civis, militares e eclesiásticas, senhoras e senhores:

Minhas primeiras palavras são dirigidas a Deus Pai Todo-Poderoso. Agradeço humildemente por permitir-me cumprir esta missão, pela vida e família maravilhosa que me foi outorgada. Estou ciente de que não merecia tanto. Muito obrigado por tudo.

Depois de quase vinte e dois anos no exercício das funções jurisdicionais, poder estar aqui e viver este momento é uma alegria muito grande, incomensurável. Sinto-me imensamente gratificado e honrado.

Meus prezados amigos, falo-lhes subjugado pela emoção. Talvez não fosse necessário dizer nada, deixar em silêncio o sentimento que, por vezes, fala mais alto do que as próprias palavras e, mesmo sem ser compreendido, faz vibrante o coração.

Acredito que nunca nos é concedido um desejo sem também recebermos o poder de realizá-lo; contudo, é necessário trabalhar por ele. Não basta apenas querer, é preciso agir, lutar. Minha vida pode ser definida em poucas palavras: dedicação e superação.

Foram várias comarcas por onde passei com minha família, que sempre me acompanhou com resignação, sem contestar. Quando menos

ela esperava, nova mudança era necessária, o que implicava, por vezes, prejuízo aos estudos de minhas filhas.

Nesta atividade, enfim, sempre se está indo embora, despedindo-se de algum lugar. Poder-se-ia dizer que são mil caminhos e apenas um destino. Mas agora constato, indubitavelmente, que tudo valeu a pena, e como valeu, pois posso compartilhar este momento com grandes amigos que conquistei, pessoas especiais que conheci em lugares diversos e, graças a Deus, continuam a considerar-me. Por isso, agradeço-lhes emocionado. Muito obrigado pela amizade, dedicação, pela presença.

Tenho muito a agradecer. Peço vênia para deixar de mencionar nomes para não cometer injustiça por eventual esquecimento. Afinal, desde o início de meus estudos, de meu trabalho, foram tantos professores, colegas, amigos que, junto com meus familiares, incentivaram-me, instruíram e apoiaram, auxiliando de alguma forma para que este momento se concretizasse. Por isso lhes agradeço sensibilizado.

Todavia, não posso deixar de agradecer expressamente, em saudosa memória, a minha irmã Reni. Afinal, não fosse por sua insistência, eu não teria participado do vestibular e, enfim, me graduado em Direito, habilitação profissional que me permitiu, primeiramente, exercer a advocacia por um curto período e, depois, participar do concurso para Juiz Substituto do Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Muito lhe devo, obrigado por tudo. Sei que em outra dimensão estás velando e guiando meus passos.

Da mesma forma elevo meu pensamento e agradeço aos meus pais, Ito e Luci, também em saudosa memória, lastimando que não possam, fisicamente, participar desta conquista. Ainda bem que, embora não possa compensar a ausência e a saudade, para o coração não existe tempo e distância.

Também preciso agradecer, e de forma muito especial, a minha amada esposa, Noeci, e minhas adoradas filhas, Karim, Aline e Sabrina.

São meus anjos protetores, porto seguro, norte existencial, um verdadeiro bálsamo acalentando-me a alma. Quantas vezes lhes furtei preciosos momentos de convívio, de lazer. À época da faculdade, e depois por ocasião do concurso, permanecia recluso, trancafiado para estudar, ficava horas e mais horas debruçado sobre os livros e, quando alguma algazarra ocorria, estava lá minha esposa para tomar as providências. Lembro-me da costumeira advertência “silêncio, chega de bagunça, vocês precisam ficar quietas, o pai precisa estudar...”. Isso foi muito importante para o preparo, mas também me deixava entristecido; afinal, estando presente, permanecia ausente, por força das circunstâncias.

Não bastasse isso, depois de aprovado no concurso e exercendo a função de juiz, tudo se repetiu. Afinal, muitas noites, finais de semana e feriados foram utilizados para colocar o trabalho em dia, dar conta das atribuições. Por tudo isso agradeço muito o apoio, a compreensão. Muito obrigado, todo o esforço restou recompensado.

Novamente a Deus manifesto meu agradecimento pelo presente recebido no dia 9-11-2007. Refiro-me ao meu adorado neto Yago, concretização humana e resultado da centelha divina, rogando que todas as forças cósmicas o abençoem eternamente.

Também não posso deixar de registrar um agradecimento distinto aos servidores e estagiários que me acompanharam nesta longa jornada e, também, aos que atualmente trabalham em meu gabinete. Muito obrigado pelo empenho, pela extrema dedicação no cumprimento das atividades.

Agora, outra etapa profissional inicia-se. É uma honra, motivo de muito orgulho poder integrar o egrégio Tribunal de Justiça de Santa Catarina, Corte respeitada e referida com louvor em todo o País, o qual, conjuntamente com todos os magistrados catarinenses, serve de exemplo, pois é composta por ilustres juristas, doutrinadores renomados, magistrados abnegados e extremamente dedicados ao trabalho, verdadeiros sacerdotes

que se dedicam a cumprir com muita sabedoria a sagrada missão de distribuir justiça.

Essa distinção também é dirigida a todos os desembargadores que me antecederam e aos demais colegas de primeiro grau já aposentados, pois realizaram um brilhante e valoroso trabalho.

Estou ciente de que a tarefa não será fácil, de que a responsabilidade é grande e será muito difícil estar à altura dos meus pares, pois sei de minhas limitações. Mas não é apenas isso — o encargo ainda maior é ocupar a vaga decorrente da aposentadoria do eminente Des. Francisco José Rodrigues de Oliveira Filho, magistrado de alta estirpe que merece reverência e gratidão pelos relevantes serviços prestados a toda a sociedade.

O desafio é imenso e, assim, precisarei empenhar-me ao máximo para não frustrar a expectativa de meus colegas e dos jurisdicionados, mas, com humildade lhes afirmo, nunca faltará dedicação e esforço pessoal para cumprir as atribuições funcionais, estudar e trabalhar, empreender a celeridade necessária e atender aos mandamentos constitucionais e normas infraconstitucionais, nem abrirei mão, jamais, em qualquer hipótese, de reconhecer o direito em favor de quem tem direito, de ser o mais justo possível, de agir com equidade pautando minha conduta conforme o princípio da legalidade, sem temor e desconhecendo pressão de qualquer natureza. Este, em síntese, será meu legado.

Tal ponderação me faz lembrar de tantos ensinamentos recebidos. E, das leituras recomendadas por um dos mestres a nós jovens acadêmicos da Faculdade de Direito de Santo Ângelo, uma merece especial citação. Refiro-me ao grande mestre Rui Barbosa e a seu discurso nominado *Oração aos Moços*, proferido na Faculdade de Direito de São Paulo, como paraninfo dos bacharelados de 1920.

Disse o grande pensador:

É à magistratura que vos ides votar?

Elegeis, então, a mais eminente das profissões a que um homem se pode entregar neste mundo.

Adiante prossegue:

A ninguém importa mais do que à magistratura fugir do medo, esquivar humilhações, e não conhecer cobardia. Todo o bom magistrado tem muito de heróico em si mesmo, na pureza imaculada e na plácida rigidez, que a nada se dobre, e de nada se tema, senão da outra justiça, assente, cá embaixo, na consciência das nações, e culminante, lá em cima, no juízo divino.

Sem dúvida, tal lição é profunda e deve ser considerada pela profunda significação, sem se olvidar da fundamental importância da justiça para a preservação do estado democrático de direito.

Destarte, nunca é demais lembrar, por sua pertinência ao tema ora em cogitação, os princípios formadores do sistema constitucional consagrado; o princípio democrático do exercício do poder como emanção da vontade popular e em seu interesse; o princípio da tripartição dos Poderes do Estado, que desde a formulação de Montesquieu tem sido pedra angular das democracias e seu corolário de indelegabilidade de poderes, salvo estritas exceções; o princípio da atribuição de função executiva ao Presidente da República; o da reserva da função legislativa ao Congresso Nacional; e o da função jurisdicional ao Poder Judiciário.

Da interpretação dos referidos postulados, especialmente o da “separação de poderes” e o da “reserva de função jurisdicional”, conclui-se que a ordem constitucional somente será alcançada com a absoluta independência do Poder Judiciário, na condição de poder autônomo, cujos membros, na condição de agentes políticos, devem exercer a função de forma imparcial, o que será inviável em não havendo garantias constitucionais que assegurem nossa soberania.

Muitas vezes constatamos que essa autonomia e independência não é bem entendida, suscita controvérsias e descontenta certos segmentos da sociedade, inclusive outros poderes. Quase diariamente são proferidas críticas negativas à nossa atuação, o mais das vezes por quem desconhece o limite de nossas atribuições e precisa ser esclarecido de que não podemos legislar. Critica-se a Justiça olvidando que as leis não foram produzidas nos Tribunais.

Com certeza, para alguns, um Poder Judiciário dependente e submisso poderia melhor servir a certos interesses, mas haveremos de lutar incansavelmente pela manutenção das prerrogativas constitucionais, especialmente impedindo interferências indevidas de qualquer ordem, porquanto aos jurisdicionados e à sociedade de modo geral significamos a última esperança contra abusos e ofensas. Para tal desiderato é necessário agir com imparcialidade, coragem e independência.

Nesse sentido, o discurso de Rui Barbosa, já referido, merece nova citação:

Dessas democracias, pois, o eixo é a Justiça, eixo não abstrato, não supositício, não meramente moral, mas de uma realidade profunda, e tão seriamente implantado no mecanismo do régimen, tão praticamente embebido através de todas as suas peças, que, falseando ele ao seu mister, todo o sistema cairá em paralisia, desordem e subversão. Os poderes constitucionais entrarão em conflitos insolúveis, as franquias constitucionais ruirão por terra, e da organização constitucional, do seu caráter, das suas funções, das suas garantias, apenas restarão destroços.

Portanto, acaso os outros poderes falhem, omitam-se, permaneçam inertes, compete-nos, como eixo da democracia, solucionar os litígios interpretando a lei e aplicando-a a bem do fim social a que se destina. Para tal, impõe-se ter em mente a lição inafastável de Maximiliano, ou seja:

Todo o conjunto harmônico de regras positivas é apenas o resumo, a síntese, o *substratum* de um complexo de altos ditames,

o índice materializado de um sistema orgânico, concretização de uma doutrina, série de postulados que enfeixam princípios posteriores. Constituem estes as diretivas idéias do hermeneuta, os pressupostos objetivos da ordem jurídica (*Hermenêutica e aplicação do direito*. Forense, 1979. p. 295).

Aplicar e interpretar a lei, no limite de nossa competência. Em conceito simplista, essa é nossa função. Contudo, se formos enveredar por debater o que seja a lei, certamente iremos estabelecer calorosas e saudáveis divergências que nos obrigarão a buscar a gênese em princípios filosóficos e nos primórdios da civilização.

Mas, com certeza, não podemos considerar lei, em seu verdadeiro significado, a que resulta de imposição, de ordem não emanada e assentada no consentimento e interesse da maioria, desvirtuada de sua finalidade e que não tenha observado o princípio da reserva da função legislativa, cumpridos todos os requisitos formais.

Não é por outra razão que esta Corte denomina-se *Tribunal de Justiça*, e não *Tribunal de Lei*. Cumpre-nos, conforme já salientado, aplicar e interpretar o normativo legal, prestar a tutela jurisdicional distribuindo a verdadeira justiça e, sem pretender filiar-me a qualquer corrente de pensamento, no confronto da lei com a justiça, fazer prevalecer a última.

Muito apropriado, a propósito, o ensinamento de Rui Barbosa no discurso já citado:

[...] dizia São Paulo que boa é a lei, onde se executa legitimamente. “*Bona est lex, si quis ea legitime utatur*” (São Paulo, I, Timothy, 1, 8). Quereria dizer: Boa é a lei, quando executada com retidão. Isto é: boa será, em havendo no executor a virtude, que no legislador não havia. Porque só a moderação, a inteireza e a equidade, no aplicar das más leis, as poderiam, em certa medida, escoimar da impureza, dureza e maldade, que encerrarem. Ou, mais lisa e claramente, se bem o entendo, pretenderia significar o apóstolo das gentes que mais vale a lei má, quando inexecutada,

ou mal executada (para o bem), que a boa lei, sofismada e não observada (contra ele).

Que extraordinário, que imensurável, que, por assim dizer, estupendo e sobre-humano, logo, não será, em tais condições, o papel da justiça! Maior que o da própria legislação. Porque, se dignos são os juízes, como parte suprema, que constituem, no executar da leis — em sendo justas, lhes manterão eles a sua justiça, e, injustas, lhes poderão moderar, se não, até, no seu tanto, corrigir a injustiça.

De nada aproveitam leis, bem se sabe, não existindo quem as ampare contra os abusos; e o amparo sobre todos essencial é o de uma justiça tão alta no seu poder, quanto na sua missão.

E, para o exemplar cumprimento de nossas funções, há que observar sempre o grande ensinamento de Calamandrei: “saber moldar as duras e frias letras da lei com o calor da justiça”.

Que Deus, o Grande Arquiteto dos universos, nos ilumine, conceda sabedoria e humildade.

Muito obrigado."

**DISCURSO PROFERIDO PELO DES. SOUZA VARELLA,
PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA, EM SAUDAÇÃO
AO DESEMBARGADOR CLÁUDIO VALDYR HELFENSTEIN**

“Excelentíssimo Senhor Leonel Arcângelo Pavan, Vice-Governador do Estado de Santa Catarina; Excelentíssimo Senhor Moacir Sopelsa, Deputado Estadual, representando neste ato Sua Excelência o Presidente da augusta Assembléia Legislativa do Estado; Excelentíssimo Senhor Doutor Paulo Antônio Günther, Subprocurador-Geral de Justiça, representando Sua Excelência o Doutor Gercino Gerson Gomes Neto; Excelentíssimo Senhor Doutor Sadi Lima, Procurador-Geral do Estado; Excelentíssimo Senhor Diogo Nicolau Pítsica, Conselheiro Estadual da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de Santa Catarina; Excelentíssimo Senhor Doutor Paulo Ricardo Bruschi, Presidente da Associação dos Magistrados Catarinenses; Excelentíssimos Senhoras e Senhores Desembargadores; Excelentíssimos Senhores Juízes de Direito de Segundo Grau; Excelentíssimos Senhores Juízes de Direito; Excelentíssimos Senhores Promotores de Justiça; Excelentíssimos Senhores Advogados; Senhoras e Senhores. A significatividade desta cerimônia seria suficiente para transmitir a todos o quão importante é a função judicante. Todavia, tomei para mim a grata satisfação de, em nome deste Tribunal, saudar a chegada do eminente Desembargador Cláudio Valdyr Helfenstein. E o fiz por duas razões. A primeira delas, porque no ano de mil novecentos e noventa e um, quando eu exercia as funções de Juiz-Corregedor na gestão do eminente Desembargador Tycho Brahe Fernandes Neto, na Corregedoria-Geral da Justiça, fui à comarca de Maravilha, onde permaneci por dez dias, fazendo uma correição nos processos que lá tramitavam. Naquela oportunidade, o Juiz de Direito da comarca de Maravilha era o nosso atual Desembargador Cláudio Valdyr Helfenstein. Sou, pois, testemunha do trabalho que Sua Excelência realizou

naquela comarca no extremo oeste de Santa Catarina. Em razão da verificação que fiz do trabalho de Sua Excelência — e o conheci pessoalmente somente naquela oportunidade —, passei a admirá-lo. Posteriormente, já na condição de Juiz de Direito de Segundo Grau, o Desembargador Cláudio Valdyr Helfenstein trabalhou na Primeira Câmara Criminal, da qual eu participava, sob a presidência do Desembargador Amaral e Silva e a composição dos eminentes Desembargadores José Gaspar Rubik e Solon d’Eça Neves, e pude também, uma vez mais, testemunhar, nesta Câmara, a dedicação, a objetividade, a tranquilidade e a retidão das decisões de Sua Excelência. Por essas razões é que, repito, tomei para mim a satisfação de saudá-lo nesta oportunidade. Eu sempre tenho dito que considero o Poder Judiciário como o mais brilhante engaste na coroa das Instituições Republicanas, consoante manifestou o eminente Desembargador Helfenstein. O Tribunal de Justiça de Santa Catarina é tido como exemplo, como paradigma, como parâmetro por todos os tribunais do País e, quiçá, da América do Sul. Honra-nos, pois, essa condição de tribunal respeitável e respeitado, que hoje se engrandece com a chegada de Vossa Excelência. Ouvi com interesse e atenção a sua manifestação. Pude perceber a sua crença em Deus, o Todo-Poderoso Senhor dos mundos, e nessa crença eu o acompanho. Em razão dessa circunstância, tenho a mais absoluta certeza, temos todos, de que o desempenho de Vossa Excelência nesta Casa virá tão somente para engrandecê-la. Após o exercício de uma carreira justa e perfeita na Magistratura de Santa Catarina, o Desembargador Helfenstein fez, e eu contei, por três vezes uma referência a Rui Barbosa, naquela manifestação altamente significativa que fez ao parainfar os formandos da Faculdade de Direito, a chamada *Oração aos Moços*. Em razão de ter Vossa Excelência se referido a Rui Barbosa, homem de reconhecida retidão de caráter, que engrandeceu a Nação Brasileira na Conferência Internacional de Haia, donde saiu com a alcunha de Águia de Haia, por ter Vossa Excelência, Desembargador Cláudio Valdyr Helfenstein, mencionado por três vezes o nome de Rui Barbosa, eu quero ler o que trago comigo há

vários anos na minha carteira, uma frase de Rui Barbosa que me parece de impressionante atualidade. Escreveu ele: ‘Há tantos burros e corruptos mandando em homens de inteligência, que às vezes fico pensando que a burrice e a corrupção são uma ciência’. Nesta Casa falta de inteligência inexistente e a inexistência de corrupção é uma realidade reconhecida por toda Santa Catarina e pelo País. Vossa Excelência se referiu também a Calamandrei e eu me recordo agora de uma expressão desse eminente jurista italiano, que disse ou escreveu que uma lei é tão melhor quanto menor for o poder de arbítrio que dá ao Juiz. Isso significa que nós estamos presos, atados a normas que regem a sociedade, que são as leis, e somente à lei e à nossa consciência é que a nossa dignidade se curva. Somos conscientes, cumpridores da lei. Receba, Desembargador Helfenstein, os meus efusivos cumprimentos por ter alçado a esta Corte com mérito e dedicação e estendendo esses cumprimentos a sua excelentíssima esposa, a senhora Noeci de Fátima Helfenstein, bem como as suas filhas Karim Tatiana, Aline Daiana e Sabrina de Fátima — e fiquei sabendo agora que Vossa Excelência também é avô. Estendendo, pois, esses cumprimentos aos seus ilustres familiares, eu encerro, pedindo a Deus, como Vossa Excelência já o fez, que dê a todos saúde e longa vida e que nos possibilite, sob todos os aspectos, continuarmos exercitando a judicatura com honra, com dignidade e com respeito à sociedade catarinense. Muito obrigado.”

DISCURSO DE DESPEDIDA DO DESEMBARGADOR AMARAL E SILVA, POR OCASIÃO DE SUA APOSENTADORIA

“Senhor Presidente, Senhores Desembargadores, eminente Procurador de Justiça, Senhores Advogados. Senhor Presidente, quando se fala do íntimo da alma, é muito difícil traduzir em palavras aquilo que vai no coração. Por isso, Senhor Presidente, em poucas palavras, gostaria de me despedir dos colegas, pois, amanhã ou depois, hoje, talvez, irei requerer minha aposentadoria. Ao me despedir da Corte, quero dizer que aqui vivi os melhores momentos da vida, isso porque tive a oportunidade de conviver com colegas que me deram a grande honra de poder, percorrendo o País, como Vossa Excelência sabe que percorri, ouvir os maiores encômios dirigidos a esta Corte e a seus membros. São colegas muito queridos de quem me despeço. Faço-o com a alegria de alguém que durante quarenta e dois longos anos na Magistratura sempre procurou unir, aproximar, pacificar. Em algum lugar, Senhor Presidente, li, não me lembro onde, mas era algo no sentido de que as instituições não existem por si próprias, não são fracas, nem fortes. Fracos ou fortes são os seus membros e dessa união é que nasce a força das instituições. A força, o prestígio da nossa Corte sempre resultou dessa união e, se eu, ao me afastar, pudesse pedir algo aos meus queridos pares, pediria apenas que se mantivessem unidos e que, em qualquer ocasião em que houvesse alguma possibilidade de desentendimento, que não se levasse em conta naquele instante, mas se refletisse muito, porque formamos uma família. Tantas e tantas vezes aqui repeti isso e se algum dia, de alguma forma, pude, e todos nós cometemos erros, e eu devo ter cometido muitos, se em algum momento magoei algum colega, peço que me perdoe, porque não o fiz com o propósito de ofender ou de magoar. Bem pelo contrário, foi o de pacificar, de aproximar, de unir. Senhor Presidente, deveria, em sinal de gratidão, citar muitos nomes. Para ser

justo deveria me referir a todos. Mas na pessoa de Vossa Excelência é que homenageio a todos os meus distintos pares, agradecendo todas as lições que recebi nesta Casa. Lições de dignidade, de dedicação ao trabalho por parte dos nossos servidores, dos nossos juizes, principalmente dos juizes que atuaram comigo na Presidência e de cada um dos colegas, dos quais só levo lembranças muito positivas e um grande orgulho de pertencer ao Judiciário de Santa Catarina, de pertencer a esta Corte e de ser amigo e irmão de todos. Sejam muito felizes. Não sei o que fazer. Prossegurei na Associação Nacional dos Desembargadores defendendo a tese que sempre defendi e outras novas conquistas que haveremos de alcançar em defesa da autonomia dos Tribunais. Vivemos um momento crítico, em que os Tribunais de Justiça, os Tribunais de Segundo Grau, que têm garantida na Constituição a autonomia, esta vem sendo frequentemente violada. Assim, através da Associação de Desembargadores, participando da Diretoria, procurarei fazer o possível para que consigamos defender e manter a autonomia, que é um dos predicados não da Magistratura, mas da cidadania e do Estado Democrático de Direito. A Vossa Excelência, Senhor Presidente, e a todos os meus distintos pares, aos nossos servidores, principalmente aqueles mais humildes, a minha homenagem, a minha gratidão e o orgulho de com eles ter servido à Justiça de Santa Catarina. Muito obrigado, Senhor Presidente.”

DISCURSOS EM HOMENAGEM AO DESEMBARGADOR AMARAL E SILVA

DESEMBARGADOR SOUZA VARELLA, PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA: “Desembargador Amaral e Silva, eu talvez não seja a pessoa apropriada para responder à manifestação ora feita por Vossa Excelência. E digo que talvez não seja a pessoa apropriada em razão

da amizade que mantemos, de longuíssimo tempo e, sobretudo, que se consolidou ainda mais quando trabalhamos juntos, por vários anos, na Primeira Câmara Criminal. Eu conheço muito bem a personalidade e o caráter de Vossa Excelência e sei que Vossa Excelência não gostaria que eu me manifestasse, mas não posso me calar. Não posso me calar, porque eu recebi com respeito, porque é a lei, mas com uma revolta interna a saída de Vossa Excelência desta Corte. Eu aprendi muito com Vossa Excelência, devo muito a Vossa Excelência e tenha a mais absoluta certeza de que o Desembargador Antônio Fernando do Amaral e Silva jamais será esquecido nesta Casa, que presidiu tão honradamente. Numa particularidade, bastante especial também, Vossa Excelência soube honrar o nome do seu ilustre pai, que foi Magistrado, que honrou a Magistratura Estadual e o nome de Vossa Excelência permanecerá na pessoa de seus filhos, que são Magistrados. Com essas considerações, eu quero, se me permitirem os ilustres Desembargadores, prestar a manifestação do nosso profundo respeito, admiração e carinho por Vossa Excelência, que muito nos honrou com sua presença aqui e que muita falta nos fará. Não tenho mais nada a dizer.”

DESEMBARGADOR PEDRO MANOEL ABREU: “Senhor Presidente, o Desembargador Amaral há pouco nos pediu que o poupássemos de qualquer manifestação, porque estava profundamente sensibilizado pela manifestação que faria à Corte, apresentando suas despedidas. Senhor Presidente, eu não poderia deixar de registrar meu profundo respeito, apreço e admiração pelo Desembargador Amaral ao longo de toda a minha vida. Conheço o Desembargador Amaral há pelo menos uns quarenta e três anos. Estava fazendo um cálculo aqui, Desembargador Amaral. Ao tempo em que Sua Excelência aparecia como Promotor de Justiça em Bom Retiro, eu era um garoto, ainda de dezesseis anos de idade, e pude testemunhar o seu trabalho naquela comunidade simples, um trabalho já inteiramente

respeitado, dignificado. E depois Vossa Excelência retornou a Bom Retiro como Juiz de Direito, e lembro bem, Senhor Presidente, que Bom Retiro oferecia condições tão inóspitas de hospedar a Magistratura e o Ministério Público que Sua Excelência morava no hospital, ele e sua família. Inclusive um de seus filhos, se não me engano, nasceu em Bom Retiro. Bom Retiro que lá me criei e que tenho laços profundos. Tornei a encontrar o Desembargador Amaral quando estava ingressando na Magistratura, na época até pela grande amizade que mantinha, e que mantenho, com um colega nosso já aposentado, Doutor Pedro Paulo Roldão, fui à Araranguá, onde iniciava a Magistratura o Roldão e lá encontrei o Desembargador Antônio Fernando do Amaral e Silva, como Juiz de Araranguá, e reatamos e reavivamos um pouco da experiência de Bom Retiro e, a partir de então, pude, ingressando na Magistratura, acompanhar a trajetória dele que, sem dúvida nenhuma, foi um dos Juízes mais insignes desta Corte. Pude reencontrar o Desembargador Amaral, para privilégio meu, em Blumenau, quando, durante cerca de cinco anos, tornamos a conviver de forma mais amíúde e, posteriormente, Senhor Presidente, pude encontrá-lo nesta Corte, quando Sua Excelência já era, ao tempo de Blumenau e aqui, uma referência nacional e internacional pelo seu trabalho extraordinário na produção do Estatuto da Infância e da Juventude. Ele que foi, seguramente, a maior autoridade sobre o assunto do País e que foi requisitado por todas as instituições ligadas ao assunto, aqui e fora daqui. Sua Excelência que recebeu as mais altas condecorações no Brasil e no exterior por seu trabalho incessante na divulgação desse novo paradigma, dessa nova política da infância e da juventude, inclusive ligado a organismos internacionais, como a Unicef, que propagam essa nova filosofia da infância e da juventude. Senhor Presidente, não só pelo jurista que é, mas Sua Excelência é uma referência deste Tribunal em qualquer lugar a que se vá aqui e no exterior. Lembro, ainda, Senhor Presidente, que, recentemente, o Desembargador Amaral recebeu, se não me engano do Senado do México, a mais alta condecoração daquele país, exatamente por ser um dos responsáveis pela

implantação, no México, da Justiça da Infância e da Juventude, que tinha mero caráter administrativo. Sua Excelência, inclusive aqui, recebeu várias delegações de Magistrados da América Latina, exatamente difundindo essa nova política da Infância e da Juventude, seja pelo seu trabalho de Magistrado, seja pela qualidade de pessoa humana, seja pelo administrador que revolucionou esta Corte inaugurando um período de democracia na administração. Sua Excelência foi, sem dúvida nenhuma, referência de uma administração responsável, profissional, inovadora, que trouxe para a Magistratura de Primeiro Grau, e lembro agora, a Assessoria tão desejada ao longo do tempo, que trouxe o suporte que a Magistratura de Primeiro e de Segundo Grau precisava para o exercício da judicatura. Mas, a par de tudo, eu gostaria de registrar os profundos laços que mantenho com Vossa Excelência, a profunda gratidão que tenho pelo suporte na vida pessoal e na vida profissional ao longo de toda a minha vida. E queria registrar uma virtude rara, e que Sua Excelência tem, que deixa como legado nesta Corte, Sua Excelência, seguramente, é uma das pessoas mais leais que já conheci na minha vida. Acho que o maior legado de Sua Excelência, além do exemplo, da dignidade, a qualidade profissional que ficará como registro indelével nesta Corte, Sua Excelência deixa um legado de lealdade e de respeito aos colegas e de harmonia. Por isso, Senhor Presidente, ao tempo em que registro meu profundo apreço e amizade por Sua Excelência, quero também, neste momento, desejar que Sua Excelência seja muito feliz a partir de agora e que vá tranquilo, Desembargador Amaral, porque Vossa Excelência tem o carinho, o respeito e a amizade de todos nós. Obrigado, Excelência.”

DESEMBARGADOR EDSON UBALDO: “Senhor Presidente, Senhor Procurador de Justiça, eminentes colegas. Peço licença para quebrar o protocolo desta Casa e não me dirigir ao Desembargador Amaral e Silva, mas me dirigir ao meu amigo, de cinquenta anos, ao meu colega de

faculdade Antônio Fernando do Amaral e Silva, que não se despede, pois deixa a judicatura mas continua e continuará conosco, nos auxiliando, nos ajudando, nos transmitindo a sua sabedoria. Faço-o, agora, com a intimidade dos nossos velhos tempos da faculdade de Direito, meu querido Amaral, onde você foi um dos grandes expoentes daquela turma do início dos anos sessenta, que enfrentou dois movimentos políticos fortíssimos. Com a sua saída, Amaral, fico eu, por mais algum tempo, como o último dos moicanos daquele tempo. Quero lembrar de quanto nós, jovens moços ainda, fizemos e ousamos naquela época. Nossas memórias, com tantos episódios dramáticos, alguns jocosos, alegres e felizes, em sua esmagadora maioria, estão sendo escritas e espero ter vida e saúde para concluí-las, as confessáveis e as inconfessáveis, mesmo que sejam para ser publicadas cinquenta anos depois das nossas mortes, mas foram lindos episódios, meu querido Amaral. Depois, constituímos nossas famílias, que se entrelaçaram por todos os recantos deste Estado. Não quero falar das suas qualidades nem dos seus títulos, porque todos são maiores que a minha palavra. Quero dizer-lhe, apenas, meu querido Amaral, que, se eu fosse Deus, eu lhe daria a imortalidade. Como não sou, eu lhe desejo uma longa vida, com saúde e sabedoria e, sobretudo, com amizade deste seu velho amigo e hoje colega que aqui chegou, principalmente, pelas suas mãos, e a minha amizade não haverá de morrer comigo, haverá de perpetuar-se pelo espaço afora. Fiz questão de quebrar o protocolo e falar em pé, que é a homenagem que lhe presto, e mais diria se não fora a emoção que se apossa de mim e me impede de dizer mais. Mas subentenda, meu amigo, tudo aquilo que eu sinto, todo o carinho, toda a admiração que tenho por você. Que Deus o abençoe, ilumine, guarde e continue conosco. Muito obrigado.”

DESEMBARGADOR CARLOS PRUDÊNCIO: “Desembargador Amaral, todos nós sempre tivemos e sempre vamos ter o máximo de respeito por Vossa Excelência, seja como Magistrado excepcional, de altíssima qua-

lidade, seja como pessoa, pai e esposo. Além disso, amigo, muito especial. Esse respeito que Vossa Excelência deve ter aqui notado vem evidenciado com o nosso silêncio quando Sua Excelência anunciou sua despedida. Vossa Excelência foi sempre um legítimo pacificador de todas as questões postas em julgamento neste Tribunal, ou por nós discutidas internamente, e tenho certeza de que Vossa Excelência continuará a conviver conosco para perpetuar seus ensinamentos. Como disse o Desembargador Pedro Abreu, o que é verdade, nós todos sabemos disso, Vossa Excelência iniciou a legítima gestão democrática do Poder Judiciário Catarinense. Seja muito feliz e conte conosco, Desembargador Amaral, como nós gostaríamos de poder contar com Vossa Excelência.”

DESEMBARGADOR JOSÉ CARLOS CARSTENS KÖHLER:

“Senhor Desembargador Presidente, Senhores Desembargadores, Desembargadoras, Senhor Procurador de Justiça, estimado Desembargador Amaral e Silva. Não tive o prazer de ter um convívio de meio século nem de quatro décadas com sua pessoa. Vim a ter contato com Vossa Excelência em um encontro em Fraiburgo, em mil novecentos e oitenta e quatro. Aquele Magistrado simpático, experiente, que julgava na galega Blumenau e tinha, sobretudo, um extremo respeito aos novos, aqueles que davam os primeiros passos, como eu na época, com menos de dois anos de toga. Já ali passei a admirá-lo, porque todos nós sabemos que aqueles que iniciam a carreira hoje ocuparão os cargos que não são nossos, mas que exercemos hoje. Depois, Vossa Excelência, já no ano de mil novecentos e oitenta e cinco, e vou me permitir só citar aquele que partiu, o saudoso e estimado Apa e um grupo de magistrados mais experientes e de mãos dadas com os mais novos, a minha memória felizmente anda boa. A reunião marcante foi no dia trinta e um de agosto de mil novecentos e oitenta e cinco, em um sábado chuvoso, lá no Hotel Marambaia. A partir dali, e isso ninguém pode retirar o mérito dos precursores, se passou a desenhar uma nova as-

sociação, uma associação que responde o que ela é, o que é ser associado, o seu relacionamento com a associação, a sua relação e a independência com o Tribunal de Justiça e vice-versa, a associação e a sociedade e a associação e os demais órgãos de classe. Me recorro do movimento fático de mil novecentos e oitenta e oito, em que Vossa Excelência iniciava sua fala dizendo: ‘O manto de Santa Catarina está molhado’. Hoje, sim, ele está molhado, num misto de alegria e de tristeza. A sua saída do efetivo exercício entristece a Santa e Bela Catarina, mas o prazer de ter contado com tantos anos em seu quadro a faz, em proporção maior, se derramar em lágrimas. Os anos foram se sucedendo e Vossa Excelência na Presidência, no melhor estilo filosófico, bem entendido, do PSD, profissionaliza e, sobretudo, abre as portas da Presidência, democratizando. Só a título ilustrativo, quando eu cheguei aqui, final de dois mil e um — comecei a trabalhar em janeiro de dois mil e dois —, não tinha nem sequer gabinete. Indagando onde deveria me instalar, se não fosse o colega Cesar Abreu me ceder, disseram: ‘Vossa Excelência procure um lugar e se instale’. Era assim que as coisas vinham funcionando. Procurei Vossa Excelência no momento difícil, porque era a quinta mudança de gabinete que eu fazia e Vossa Excelência disse: ‘José Carlos, tenha um pouco de paciência, porque isso nós vamos estancar e vamos transformar, dentro do possível, numa gestão profissional a Presidência do Tribunal de Justiça’. E isso Vossa Excelência fez com um brilhantismo ímpar e, não tenho nenhum constrangimento em dizer, inédito até o momento nesta Corte. Como as coisas mudaram, Desembargador Amaral. Vossa Excelência voltou os olhos aos Juízes de Direito de Segundo Grau e lhes estruturou o gabinete, dando a cada um dois Dasi e um Secretário Jurídico. Sei que houve resistências, mas Vossa Excelência nunca se quedou nos seus ideais. Há uma marca indelével da sua gestão: a vedação de colocação de placas. Vossa Excelência, numa impessoalidade absoluta, porque serenamente aguarda o julgamento da história, não permitiu que fosse colocada no Estado nem sequer uma placa em qualquer vara ou comarca instalada por sua pessoa. Houve uma

proibição, inclusive por ato expresso da Presidência. Depois trabalhamos juntos na Câmara Criminal, nas Câmaras Criminais Reunidas. Divergimos sim, mas de forma respeitosa e leal. Nossas divergências, Desembargador Amaral, são daqueles que são livres para ser escravos da causa da justiça, como diziam os romanos, e ficam cingidas ao mundo frio do processo; jamais, nem Vossa Excelência nem eu, arrastamos qualquer dissonância para outro campo. A lealdade e a amizade, posso até desagradar, são formas refinadas de amor, porque nelas não se cogita de nenhum outro aspecto além daqueles sentimentos da alma, que nos vêm da grandeza do Criador. Desembargador Amaral e Silva, rogo ao Juiz dos juízes que o continue acompanhando e todos os seus, porque ontem, hoje e sempre, glória a Deus nas alturas e paz na terra aos homens de boa vontade, como o senhor sempre o foi, é e continuará sendo."

DESEMBARGADOR VOLNEI CARLIN: "Senhor Presidente, Senhores Desembargadores, Senhor Procurador. Serei extremamente breve. Só queria, Desembargador Amaral, ratificar e me associar, fazendo minhas as pertinentes e oportunas manifestações aqui expendidas pelos colegas que me antecederam, notadamente o Desembargador Varella, nosso Presidente, e o Desembargador Pedro Manoel Abreu. Quero destacar, dentre tantas realizações cometidas pelo eminente Desembargador que ora nos deixa, a implantação de nossa Academia Judicial, que tanto representa e tanto representará a todos os Magistrados de nosso Estado. Desembargador Amaral, que Vossa Excelência seja muito feliz, são os meus melhores votos."

DOUTOR RAULINO BRÜNING, PROCURADOR DE JUSTIÇA: "Senhor Presidente, eminentes Desembargadores e estimado Desembargador Amaral. Em nome do Ministério Público, gostaria de externar também nossa imensa admiração por Vossa Excelência. Há cerca de vinte e cinco anos, eu creio, que firmamos uma amizade bastante grande

na comarca de Blumenau e ela se prolongou pelo tempo. A admiração a cada dia aumenta e gostaria de dizer que com profundo pesar recebemos a notícia, a sua decisão de se afastar da judicatura. Mas receba, além de endossarmos as pertinentes homenagens que lhe foram prestadas neste momento, gostaríamos de externar, de coração, a imensa admiração que temos pela sua pessoa, pela sua pessoa na condição de Magistrado e desejar-lhe, como disse o Desembargador Edson Ubaldo, longa vida e com muitas alegrias. Muito obrigado.”

DESEMBARGADOR JORGE SCHAEFER MARTINS: “Senhor Presidente, apesar do muito que foi dito, acho que haveria muito mais ainda a dizer a respeito do Desembargador Antônio Fernando do Amaral e Silva. Mas tomo a liberdade de pedir a palavra, após todas essas belas manifestações, para transmitir a Sua Excelência uma homenagem que não é só minha. Uma homenagem que vem do meu pai, Nelson Antunes Martins, que foi seu colega de faculdade na Faculdade de Direito da Rua Esteves Júnior, nos anos sessenta; uma homenagem do meu irmão Nelson Juliano Schaefer Martins, Desembargador desta Casa, que, no momento, não se faz presente; e uma homenagem minha, pessoal, por tudo que Vossa Excelência representou para o bom nome da Justiça Catarinense, por tudo que Vossa Excelência representou para o engrandecimento da Justiça na área da infância e da juventude. Como disse muito bem o Desembargador Pedro e também o disse o Desembargador José Carlos, Vossa Excelência engrandeceu a Justiça e a modernizou. Então, o legado que Vossa Excelência deixa será reconhecido não só agora, mas será reconhecido por toda a história. Então, um abraço, que penso que é um abraço da família, e muitas felicidades.”

DESEMBARGADOR CESAR ABREU: “Senhor Presidente, eu também gostaria de me associar a todos aqueles que se manifestaram e dizer

que falo, também, em nome da Desembargadora Maria do Rocio. Dizer do carinho e da admiração que nós temos por Vossa Excelência. Ontem, ainda, eu caminhava com o Desembargador João Martins e ele perguntava a respeito desse procedimento, que corre no Congresso, relativo à idade, e eu dizia para Sua Excelência que o Tribunal ia sofrer, novamente, com a perda de experiência, perda de uma inteligência. Vossa Excelência pode ter certeza de que a cada sessão deste Pleno, em que as discussões se colocavam, cada um de nós tem a consciência clara, presente de que as intervenções de Vossa Excelência sempre foram as mais oportunas, seja do ponto de vista jurídico, seja do ponto de vista de apaziguar os ânimos e colocar as coisas nos seus devidos lugares. Penso que esta Casa vai continuar lutando, buscando os ideais de justiça da sociedade, mas vamos sentir, sim, a falta da presença física e da inteligência de Vossa Excelência. Numa outra oportunidade de um discurso, disse que nós saímos, mas a nossa voz, a nossa experiência, tudo aquilo que nós produzimos de bom, permanece vivo e servindo de exemplo a cada um de nós, e Vossa Excelência pode ter certeza de que a voz de Vossa Excelência continuará ressoando nesta Casa e indicando o caminho a cada um de nós. Tenho a tristeza de ver que o Supremo Tribunal Federal, embora tenha reconhecido aos extrajudiciais o direito de ultrapassar o afastar da compulsória, não tenha tido a mesma interpretação em relação a nós, que somos agentes políticos. Essa é uma discussão antiga, sabemos todos, mas parece que nós, quando julgamos um semelhante, nos colocamos no cadafalso do julgamento, acabamos julgando contra os nossos próprios interesses. Penso que a Magistratura, que exerce uma função política, como um Senador da República, um Deputado, que não têm esse limitador temporal da idade, para nós, parece que a situação se faz diferente. Penso que isso vai mudar. Vossa Excelência pode ter a convicção de que isso vai acontecer, porque nós estamos vendo que a idade do brasileiro se prolonga e o que cabe a nós neste momento é dizer que Vossa Excelência cumpriu seu papel, que Vossa Excelência é um exemplo para a Magistratura do Estado e do País e que Vossa Excelência

tenha certeza de que nós o queremos bem e que vamos seguir o seu exemplo e vamos, no mínimo, tentar alcançar esse ideal que Vossa Excelência alcançou ao longo da sua trajetória de vida. Parabéns a Vossa Excelência, parabéns a sua família. Eu tive o privilégio de ter trabalhando comigo seu filho Antônio, pessoa extraordinária, querida e, isso sabemos todos, é porque a bondade dele reflete a bondade dos seus. Vossa Excelência é um homem bom e Vossa Excelência haverá de encontrar felicidade, mesmo afastado, momentaneamente, por injunção constitucional, da convivência e do exercício da profissão. Parabéns a Vossa Excelência, o nosso respeito e a nossa admiração.”

DOUTOR MÁRCIO LUIZ VICARI, ADVOGADO: “Senhor Presidente, Senhores Desembargadores, Senhoras Desembargadoras, colegas Advogados, Senhoras e Senhores. Eminentíssimo Desembargador Amaral e Silva, eu, assistindo a sessão e a manifestação de Vossa Excelência, assim como dos eminentes Desembargadores, entrei em contato com meu Presidente, Paulo Borba, que está em viagem para Blumenau, e pedi autorização para, em nome da Ordem dos Advogados, subir à tribuna. Agradeço ao eminentíssimo Presidente pela concessão da palavra para, muito brevemente, em nome dos Advogados Catarinenses, por delegação do Presidente, manifestar a Vossa Excelência, assim como a todo o egrégio Tribunal Pleno, os cumprimentos da Ordem dos Advogados pela sua brilhante carreira, pela sua atividade jurisdicional profícua, fruto da sua dedicação à causa pública e à causa da justiça, ao seu brilho intelectual pessoal, à sua honradez, que reflete, na verdade, o que é esse egrégio Tribunal, do qual os Advogados de Santa Catarina têm muito orgulho. Um Tribunal de Justiça que é a representação de uma Magistratura íntegra, honrada, laboriosa, da qual, volto a frisar, os Advogados de Santa Catarina se orgulham e, por isso, Senhor Presidente e eminentíssimo Desembargador Amaral, nós não poderíamos deixar de nos manifestar neste momento de

despedida, que é sempre, como toda despedida, um momento que guarda alguma nostalgia, mas que, por outro lado, abre portas para caminhos novos que certamente Vossa Excelência seguirá e trilhará. Quero dizer a Vossa Excelência da alegria com que a Ordem dos Advogados do Brasil aplaude a atuação de Vossa Excelência perante o Tribunal e, também, que as portas estão abertas a Vossa Excelência na nossa casa, na casa do Advogado. Se assim for do seu desejo, nós o receberemos com todo o gosto, como sempre fomos recebidos no seu gabinete e continuamos a ser recebidos por seus filhos, meus pessoais amigos. Dizendo mais a Vossa Excelência, que seja muito feliz, que nas próximas atividades que vier a abraçar o sucesso será o mesmo que Vossa Excelência já demonstrou na sua vida perante a Magistratura, mas desejando que Vossa Excelência encontre, nas novas atividades que haverá de abraçar agora, o mesmo entusiasmo, a mesma força com que representou a Magistratura nos vários pontos do País em que esteve. Os cumprimentos da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de Santa Catarina, e de todos os colegas Advogados a Vossa Excelência e ao egrégio Tribunal. Muito obrigado.”

DESEMBARGADOR LUIZ CARLOS FREYESLEBEN: “Senhor Presidente, Senhores Desembargadores, Senhor Procurador de Justiça. Evidente que não tenho a estrutura emocional dos meus colegas que me antecederam. Em razão disso, quero me associar às palavras profundas ditas pelos eminentes Desembargadores Pedro Manoel Abreu, Edson Ubaldo, José Carlos Köhler, Cesar Abreu e outros que aqui se manifestaram. Evidente que tudo que eu pudesse dizer a Vossa Excelência seria muito pouco pelo tanto que eu lhe devo. Eu vim conhecer Vossa Excelência na minha remoção de Joaçaba para Florianópolis, pessoalmente, e, a partir de então, passei a nutrir por Vossa Excelência uma profunda simpatia, que redundou em um convite que lhe fiz para ser professor na Escola do Ministério Público, que eu dirigi por três ocasiões, e, em sendo

Diretor e também professor daquela Escola, tive a honra e o prazer de ser professor de Katize, sua filha, e do meu querido amigo Samir, aliás ambos meus queridos amigos, dos quais eu jamais me esquecerei. Mas eu tenho, mais que tudo e mais do que ninguém aqui neste Plenário, uma dívida incomensurável para com Vossa Excelência, impagável, e que eu procurarei, na medida do possível, não pagar, mas retribuir em pequenas parcelas, durante a nossa vida daqui para frente, como amigos que somos. Vossa Excelência formou aqui, no Tribunal de Justiça, sempre, ao lado do Desembargador Pedro Manoel Abreu, ao lado do Desembargador José Trindade dos Santos, Nelson Schaefer Martins e outros tantos Desembargadores, uma espécie de pelotão de choque, no sentido de convencer que eu me candidatasse a uma vaga nesta Corte e Vossa Excelência fez tudo que podia para me trazer a esta Corte, e me trouxe. Eu não poderia deixar de aqui lembrar de uma cena que ficou gravada para a eternidade, ficou gravada, indelevelmente, no meu ser: quando Vossa Excelência assumiu o Governo do Estado, coincidentemente eu figurava na lista tríplice e, ao abraçar Vossa Excelência para cumprimentá-lo pela posse como Governador do Estado, Vossa Excelência apontava a caneta com a qual assinara o ato, dizendo-me no ouvido, baixinho: ‘com esta caneta, amanhã, às dez da manhã, assinarei o ato da sua promoção’. Isso está gravado na minha história. Desembargador Amaral, repito, por mais que eu possa dizer, e eu não posso, porque a emoção já me impede de raciocinar, por mais que eu pudesse dizer a respeito de Vossa Excelência, eu só posso repetir que Vossa Excelência é tudo o que aqui declinaram e muito mais para mim. E, repetindo o eminente Desembargador Edson Ubaldo, que é imortal na nossa Academia, eu também gostaria de ser Deus para torná-lo imortal e, mais do que isso, gostaria de ser legislador para aumentar para noventa, cem anos, a idade para que Vossa Excelência aqui permanecesse, com a lucidez de espírito, com a inteligência, com o brilhantismo, com a cultura que Vossa Excelência carrega. Muito obrigado por tudo, seja feliz e estarei sempre a sua disposição.”

DESEMBARGADOR VICTOR FERREIRA: “Senhor Presidente, Senhoras Desembargadoras, Senhores Desembargadores. Eminente Desembargador Amaral e Silva, em meu nome eu só ratificaria tudo que já foi dito aqui, mas, a exemplo do que fez o Desembargador Jorge, tenho, também, razões de ordem familiar para fazer aqui uma manifestação de agradecimento a Vossa Excelência pelo carinho, pelo respeito, pelo incentivo, pelos diversos parabéns postos nos projetos de acórdão, que Vossa Excelência sempre fez para minha mulher, Rosita, nas duas oportunidades em que ela trabalhou com Vossa Excelência. Diga-se, é funcionária de carreira, de nível superior, há vinte e sete anos no Judiciário e Vossa Excelência sempre deu esse incentivo na sua Assessoria, sem cargo, mas sempre a tratou com o maior carinho, com o maior respeito e é por isso o meu agradecimento, agora, em nome da Rosita.”

**SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL**

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO

Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 592.937-0, de Santa Catarina

Relator: Min. Cezar Peluso

Agravante: Município de Criciúma

Advogada: Patrícia Tatiana Schmidt

Agravado: Ministério Público do Estado de Santa Catarina

Interessado: Secretário da Educação de Criciúma

Advogado: Gilson Gomes

Interessados: Darlan Melo dos Santos e outros

EMENTA

1. RECURSO. Extraordinário. Inadmissibilidade. Educação infantil. Criança de até seis anos de idade. Atendimento em creche e pré-escola. Direito assegurado pelo próprio Texto Constitucional (CF, art. 208, IV). Compreensão global do direito constitucional à educação. Dever jurídico cuja execução se impõe ao Poder Público, notadamente ao Município (CF, art. 211, § 2º). Precedentes. Agravo regimental não provido. Nega-se provimento a agravo regimental tendente a impugnar, sem razões consistentes, decisão fundada em jurisprudência assente na Corte.

2. RECURSO. Agravo. Regimental. Jurisprudência assentada sobre a matéria. Caráter meramente abusivo. Litigância de má-fé. Imposição de multa. Aplicação do art. 557, § 2º, c.c. arts. 14, II e III, e 17, VII, do CPC. Quando abusiva a interposição de agravo, manifestamente inadmissível ou infundado, deve o Tribunal condenar o agravante a pagar multa ao agravado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência da Senhora Ministra ELLEN GRACIE, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em negar provimento ao agravo regimental, com imposição, à parte agravante, de multa de 5% sobre o valor corrigido da causa, nos termos do voto do Relator. Ausente, licenciado, o Senhor Ministro CELSO DE MELLO.

Brasília, 12 de maio de 2009.

Ministro Cezar Peluso, Relator

RELATÓRIO

Trata-se de agravo regimental contra decisão do teor seguinte:

DECISÃO: 1. Trata-se de recurso extraordinário contra acórdão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina que garantiu a crianças o direito à vaga em creche municipal.

Alega o recorrente, com base no art. 102, III, *a*, violação aos artigos 2º, 5º, LXIX, 167, I, 208, I, e § 1º, da Constituição Federal.

2. Inviável o recurso.

O acórdão impugnado decidiu a causa em perfeita sintonia com a jurisprudência assentada da Corte, como se vê da seguinte ementa exemplar:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO - CRIANÇA DE ATÉ SEIS ANOS DE IDADE - ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA - EDUCAÇÃO INFANTIL – DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV) – COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO - DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º) - RECURSO IMPROVIDO.

- A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV).

- Essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das *‘crianças de zero a seis anos de idade’* (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal.

- A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental.

- Os Municípios - que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) - não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social.

- Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão - por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatário - mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional A questão pertinente à *‘reserva do possível’*. Doutrina” (RE 436.996, Min. Rel. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, DJ 03/02/2006.

No mesmo sentido, AI 410.646-AgR, Min. Rel. NELSON JOBIM, DJ 19/09/2003).

3. Diante do exposto, nego seguimento ao recurso extraordinário (art. 21, §1º, do RISTF, art. 38 da Lei nº 8.038/90, e art. 557 do CPC (fls. 110-111)).

A parte recorrente pede seja reconsiderada a decisão agravada, pelas razões expostas às fls. 128-139, com o consequente provimento do recurso. Sustenta, em síntese, que “*o alegado direito à educação infantil encontra arrimo constitucional, porém não se trata de um direito absoluto, restando a definição de seu conteúdo às políticas sociais, econômicas, ações e serviços a serem adotadas pelo próprio Estado*” (fl. 139).

É o relatório.

VOTO

1. Abusivo o recurso.

A decisão agravada invocou e resumiu os fundamentos do entendimento invariável da Corte, cujo teor subsiste invulnerável aos argumentos do recurso, os quais nada acrescentaram à compreensão e ao desate da *quaestio iuris*.

É oportuno, aliás, advertir que o disposto no art. 544, §§ 3º e 4º, e no art. 557, ambos do Código de Processo Civil, desvela o grau da autoridade que o ordenamento jurídico atribui, em nome da segurança jurídica, às súmulas e, posto que não sumulada, à jurisprudência dominante, sobretudo desta Corte, as quais não podem desrespeitadas nem controvertidas sem graves razões jurídicas capazes de lhes autorizar revisão ou reconsideração. De modo que o inconformismo sistemático, manifestado em recursos carentes de fundamentos novos, não pode deixar de ser visto senão como abuso do poder recursal.

Ao presente agravo, que não traz argumentos consistentes para ditar eventual releitura da orientação assentada pela Corte, não sobra, pois, senão caráter só abusivo. Há, aqui, além de violação específica à norma proibitiva inserta no art. 557, § 2º, do Código de Processo Civil, desatenção séria e danosa ao dever de lealdade processual (arts. 14, II e III, e 17, VII), até porque recursos como este roubam à Corte, já notoriamente sobrecarregada, tempo precioso para cuidar de assuntos graves. A litigância de má-fé não é ofensiva apenas à parte adversa, mas também à dignidade do Tribunal e à alta função pública do processo.

2. Isso posto, nego provimento ao agravo, mantendo a decisão agravada por seus próprios fundamentos, e condeno a parte agravante a pagar à parte agravada multa de 5% (cinco por cento) do valor corrigido da causa, ficando a interposição de qualquer outro recurso condicionada ao depósito da respectiva quantia, tudo nos termos do art. 557, § 2º, c.c. arts. 14, II e III, e 17, VII, do Código de Processo Civil.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO

Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário n. 509.259-3, de Santa Catarina

Relator: Ministro Joaquim Barbosa

Embargante: Município de Içara

Advogados: Marcos Spada Aliberti e outros

Embargante: Estado de Santa Catarina

Advogado (a/s): PGE/SC — Ezequiel Pires

Embargados: os mesmos

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. PARTICIPAÇÃO DOS MUNICÍPIOS NO PRODUTO DA ARRECADAÇÃO DO ICMS. PROGRAMA DE INCENTIVO FISCAL DE SANTA CATARINA – PRODEC. TRANSFERÊNCIA AO MUNICÍPIO DO VALOR INDEVIDAMENTE RETIDO PELO ESTADO. DISPENSA DE PRECATÓRIO. QUESTÃO NOVA.

Não cabe à parte inovar em agravo regimental, trazendo à discussão questão que não tenha sido objeto do recurso extraordinário.

Agravo regimental a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, sob a presidência da ministra Ellen Gracie, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em converter os embargos de declaração em agravo regimental e, a este, negar provimento, nos termos do voto do relator.

Brasília, 8 de setembro de 2009.

Ministro Joaquim Barbosa, Relator

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração interpostos de acórdão desta Turma cuja ementa tem o seguinte teor (fls. 219):

Trata-se de recurso extraordinário (art. 102, III, *a*, da Constituição) interposto de acórdão que considerou inválida a retenção, sem prévia autorização do município envolvido, da parte do valor arrecadado com a cobrança do Imposto sobre a Circulação de Mercadorias - ICMS, constitucionalmente destinada aos mencionados entes federados (art. 158, IV, da Constituição).

Na sessão de 18.06.2008, o Tribunal negou provimento a recurso extraordinário interposto pelo Estado de Santa Catarina contra acórdão do tribunal de justiça local que provera apelação do Município de Timbó, no qual se sustentava ser lícito ao Estado postergar o repasse da parcela do imposto a que se refere o art. 158, IV, da Constituição (vinte e cinco por cento do produto da arrecadação do imposto do Estado sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação), em virtude da concessão de incentivos fiscais a particulares. Considerou-se, inicialmente, que, a fim de que a autonomia política conferida aos entes federados pela Constituição seja real, efetiva, e não virtual, é imprescindível que sua autonomia financeira seja preservada, não se permitindo, quanto à repartição de receitas tributárias, condicionamento arbitrário por parte do ente responsável

pelos repasses a que eles têm direito. (RE. 572.762, rel. min. Ricardo Lewandowski - cf. Informativo/STF 511/2008).

Dessa orientação não divergiu o acórdão recorrido.

Ante o exposto, *nego seguimento ao recurso extraordinário*.

Alega a parte embargante (fls. 236):

De acordo com a r. decisão monocrática embargada, o Estado de Santa Catarina, ao reter a parcela do ICMS pertencente aos Municípios, interferiu indevidamente no sistema constitucional de repartição de rendas, consagrado pelos artigos 158 e 160 da Constituição Federal (cf. voto do Ministro relator). Nessa esteira, deve o Estado de Santa Catarina se abster de deixar de repassar a integralidade da quota constitucionalmente devida aos Municípios em função do Programa de Desenvolvimento da Empresa Catarinense.

Todavia, visando a maior efetividade processual e viabilizando a completa prestação jurisdicional por parte deste Excelso Pretório, necessário se faz que esta Corte expressamente consigne que as parcelas de ICMS pertencentes ao Município embargante, indevidamente retidas anteriormente à decisão prolatada no Recurso Extraordinário nº 509.259, devem ser repassadas à municipalidade independentemente da expedição de precatório judicial na forma do artigo 100, da Constituição Federal, corrigidas monetariamente a partir de sua indevida retenção.

É o relatório.

VOTO

Recebo os presentes embargos de declaração como agravo regimental.

Observo que a questão referente à dispensa de precatório (cf. art. 100 da Constituição Federal) - referente à transferência ao Município do valor indevidamente retido pelo Estado - não foi objeto de debate no acórdão recorrido, não tendo sido, sequer, objeto do pedido inicial.

Ademais, ressalto que, no julgamento do recurso extraordinário foram analisadas todas as questões apresentadas pela parte recorrente e impugnadas pela parte recorrida. Assim, não é possível trazer à discussão questão nova, que não tenha sido objeto do acórdão recorrido. Nesse sentido, confira-se o seguinte julgado cuja ementa transcrevo:

Recurso extraordinário. Agravo Regimental em recurso extraordinário a que se nega provimento, tendo em vista que o agravante não afastou os fundamentos do despacho impugnado. 2. Os Embargos de declaração no RMS 22.307/IJF, não tiveram por objeto os fundamentos do despacho agravado. 3. A matéria posta no recurso extraordinário mereceu exame e desate nos limites das razões recursais. Não é possível, em agravo regimental, inovar o feito, trazendo à discussão temas ou questões complementares, não objeto do *decisum*. 4. Recurso extraordinário inadmitido. Agravo regimental improvido. (RE-AgR 216.936, Segunda Turma, rel. Néri da Silveira, DJ 22.5.1998).

Do exposto, nego provimento ao presente agravo.

HABEAS CORPUS

Habeas Corpus n. 98.776-1, de Santa Catarina

Relator: Min. Cezar Peluso

Paciente: Rosinei Ferrari

Impetrante: Rosinei Ferrari

Advogados: Andreas Otto Winckler e outros

Coator: Superior Tribunal de Justiça

EMENTA

1. AÇÃO PENAL. Prisão preventiva. Decreto fundado na necessidade de restabelecimento da ordem pública, abalada pela gravidade do crime, na conveniência da instrução criminal, por morar o réu em outra comarca, e na necessidade de garantia de aplicação da lei penal, para evitar o desaparecimento do acusado. Exigência do clamor público e da credibilidade da Justiça. Inadmissibilidade. Inexistência de elementos concretos de perturbação ao regular andamento do processo, ou de fatos que representem risco à aplicação da lei penal. Razões que não autorizam a prisão cautelar. Ofensa ao art. 5º, LVII, da CF. Precedentes. É ilegal o decreto de prisão preventiva baseado em suposta exigência do clamor público e da credibilidade da Justiça, para restabelecimento da ordem social abalada pela gravidade do fato, bem como aquele fundado na conveniência da instrução criminal ou na garantia de aplicação da lei penal, sem elementos concretos de perturbação ao regular andamento do processo ou de risco de fuga do acusado.

2. *HABEAS CORPUS*. Ação penal. Pronúncia. Homicídio doloso. Desclassificação para a forma culposa. Necessidade de exame da prova. Questão dependente de cognição plena. Inadmissibilidade na via excepcional. HC denegado. Precedentes. Pedido de desclassificação de delito proclamado em sentença de pronúncia não cabe no âmbito do processo de *habeas corpus*, quando dependa de reexame da prova.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência da Senhora Ministra ELLEN GRACIE, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em deferir, em parte, o pedido de *habeas corpus*, nos termos do voto do Relator. Ausentes, justificadamente, neste julgamento, os Senhores Ministros CELSO DE MELLO e JOAQUIM BARBOSA.

Brasília, 8 de setembro de 2009.

Ministro Cezar Peluso, Relator

RELATÓRIO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de ROSINEI FERRARI, contra decisão da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que lhe denegou a ordem no HC nº 96.847.

O paciente foi preso em flagrante e, posteriormente, denunciado como incurso nas penas dos arts. 121, *caput*, por 16 vezes, 129, *caput*, §§ 1º e 2º e 163, parágrafo único, III, todos do Código Penal. Segundo a acusação, o réu dirigia um caminhão de grande porte, ciente de problemas nos freios, quando chegou a local onde houvera acidente na pista. Comple-

tamente desgovernado, *“colheu todas as pessoas que se encontravam na pista, ocasionando a morte de 16 pessoas, lesões corporais leves em mais de 12 pessoas e lesões corporais graves e gravíssimas em mais de 50 pessoas”* (fl. 89).

A defesa requereu a concessão de liberdade provisória, que lhe foi negada pelo juízo de primeiro grau. Sustentou a decisão que, além das indúvidas materialidade e autoria do delito, a prisão está fundamentada na garantia da ordem pública, uma vez que *“a tragédia ensejada pelo requerente trouxe repercussão local, regional e nacional, e está sendo divulgada em todos os meios de comunicação, há dias seguidos”* (fl. 24).

Após transcrever algumas das notícias divulgadas sobre o fato em diversos veículos de comunicação, reiterou o magistrado que *“a soltura do requerente causará revolta, comoção social e descrédito da população NACIONAL para com a JUSTIÇA CATARINENSE”* (fl. 27). Além disso, afirmou que a prisão se mostra necessária para *“evitar-se que o indiciado cometa mais delitos, isto na condução de veículo automotor, já que sua conduta demonstrou um alto grau de irresponsabilidade e a prática de um ato criminoso e suicida”* (fl. 28).

Aduziu, ainda, que a prisão se justifica pela conveniência da instrução criminal, *“porque a comunidade necessita receber uma resposta rápida, muito antes que os fatos caiam no esquecimento”*. Alega que *“se o requerente for libertado, retornará para Cascavel/PR, o que exigirá deste juízo a expedição de inúmeras cartas precatórias (...). Logo, não resta a menor dúvida de que a soltura do indiciado atrasará sobremaneira o trâmite do processo-crime”* (fl. 29).

Sustentou, ademais, que também se encontra presente no caso o fundamento da garantia da aplicação da lei penal, para *“impedir o desaparecimento do autor da infração”* (fl. 29).

Por fim, alegou que o Código de Processo Penal, no artigo 323, proíbe, expressamente, a concessão de liberdade provisória nos crimes

punidos com reclusão em que a pena mínima cominada seja superior a dois anos (fls. 31-33).

Pronunciado o réu, na modalidade de dolo eventual (fls. 88-170), foi mantida a prisão cautelar pelos mesmos fundamentos.

A defesa impetrou *habeas corpus* ao Tribunal de Justiça de Santa Catarina, requerendo a concessão de liberdade provisória. A ordem foi também indeferida, *verbis*:

“PRISÃO EM FLAGRANTE. ACIDENTE DE TRÂNSITO COM INÚMERAS VÍTIMAS. DESNECESSIDADE DO ENCARCELRAMENTO. PROVA DA MATERIALIDADE E INDÍCIOS SUFICIENTES DA AUTORIA. PACIENTE RESIDENTE EM COMARCA DIVERSA AO DISTRITO DA CULPA. CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL E GARANTIA DE APLICAÇÃO DA LEI PENAL E DA ORDEM PÚBLICA. OFENSA AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. INOCORRÊNCIA. ANÁLISE DE PROVA, PARA AVERIGUAÇÃO DA EXISTÊNCIA DE EXCLUDENTE DE ILICITUDE E INEXISTÊNCIA DE DOLO. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ESTREITA DO *WRIT*.

ALEGAÇÃO DE PRECÁRIAS CONDIÇÕES DE SAÚDE. ATENDIMENTO MÉDICO NO PRESÍDIO, SE NECESSÁRIO, QUANDO FOR RECOLHIDO, HAJA VISTA QUE PERMANECE EM ENTIDADE HOSPITALAR DESDE O ACIDENTE. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM DENEGADA” (fls. 36-44).

Impetrou-se, então, *habeas corpus* ao Superior Tribunal de Justiça. A ordem foi indeferida, nos termos da ementa:

“*HABEAS CORPUS* LIBERATÓRIO. PACIENTE DENUNCIADO POR DIVERSOS HOMICÍDIOS DOLOSOS E LESÕES CORPORAIS. ACIDENTE DE TRÂNSITO. PACIENTE MOTORISTA DE CAMINHÃO QUE, DESGOVERNADO, ATROPELOU VÁRIAS PESSOAS. PROVÁVEL EXISTÊNCIA DE 15 A 20 VÍTIMAS FATAIS E INÚMEROS FERIDOS. PRISÃO PREVENTIVA. AUTORIA E PROVA DA MATERIALIDADE. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E APLICAÇÃO DA LEI PENAL. EXTREMA

GRAVIDADE E REPERCUSSÃO SOCIAL. PARECER DO MPF PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM. ORDEM DENEGADA.

1. Ao contrário do que sustenta a impetração, encontram-se presentes os requisitos necessários para a decretação da custódia cautelar do paciente - garantia da ordem pública e conveniência da instrução criminal -, a par de indícios suficientes de autoria e prova da materialidade dos delitos.

2. O indiciado teve sua CNH expedida em data próxima ao do acidente e realizava sua segunda viagem na condição de motorista profissional. Assim, pelo alto grau de irresponsabilidade da conduta perpetrada - já que, segundo informações colhidas durante a lavratura do presente APF, conduzia o veículo em alta velocidade, desrespeitando flagrantemente as normas de trânsito -, sua liberação no presente momento representa um aval à sua conduta e, quiçá, a autorização para que continuasse exercendo sua atividade de motorista profissional, situação que ameaçaria a ordem pública.

3. Em princípio, foram 15 ou 20 os mortos pelo acidente, havendo, também, inúmeros feridos; portanto, a soltura do requerente causará grande comoção social e descrédito da população nacional para com a Justiça Catarinense.

4. As condições subjetivas favoráveis do paciente, tais como primariedade, bons antecedentes, residência fixa e trabalho lícito, por si só, não obstam a decretação da prisão provisória, se há nos autos elementos hábeis a recomendar a sua manutenção, como se verifica no caso em apreço. Precedentes.

5. Parecer do MPF pela denegação da ordem.

6. Ordem denegada” (fls. 186-187).

Sustenta, aqui, a defesa, a inexistência de fundamentos para a prisão provisória. Aduz que a fase de colheita de provas e oitiva de testemunhas já está concluída, não havendo nenhum prejuízo à instrução criminal que possa ser provocado pela liberdade do paciente. Alega, ainda, inexistirem elementos concretos a sustentar a presunção de que o paciente se furtará a comparecer aos atos do processo.

Com relação ao fundamento de garantia da ordem pública, salienta que a prisão foi decretada com o propósito explícito de satisfazer o clamor social, o que tem sido repellido por este Tribunal.

Argumenta, ainda, com a inexistência de elementos capazes de indicar ocorrência de dolo eventual no caso, o que afastaria o julgamento do feito da competência do Tribunal do Júri. Justifica o pedido com base nas conclusões da perícia oficial, bem como de outras provas produzidas durante a instrução.

Requer, liminarmente, a expedição de alvará de soltura em favor do paciente. No mérito, requer: (I) a confirmação da liminar; e (II) seja cassada a decisão de pronúncia, para, reconhecida a inexistência de dolo eventual no caso, remeter o processo ao juízo singular.

A liminar foi concedida (fls. 195-201).

A Procuradoria-Geral da República manifestou-se pela concessão da ordem (fls. 212-218).

É o relatório.

VOTO

Quanto à prisão preventiva do paciente, concedi a liminar nos seguintes termos:

“Como se cansa esta Corte de proclamar, a prisão preventiva, medida extrema, que implica sacrifício à liberdade individual, deve ordenar-se com redobrada cautela, à vista, sobretudo, da sua função meramente instrumental, enquanto tende a garantir a eficácia de eventual provimento definitivo de caráter condenatório, bem como perante a garantia constitucional da presunção de não culpabilidade, devendo fundar-se em razões objetivas e concretas, capazes de corresponder às hipóteses legais (*fattispecie* abstratas) que a autorizem.

Daí, já ter notado este Tribunal:

‘A PRISAO PREVENTIVA ENQUANTO MEDIDA DE NATU-REZA CAUTELAR NÃO TEM POR FINALIDADE PUNIR, ANTECIPADAMENTE, O INDICIADO OU O RÉU.

- A prisão preventiva não pode - e não deve - ser utilizada, pelo Poder Público, como instrumento de punição antecipada daquele a quem se imputou a prática do delito, pois, no sistema jurídico brasileiro, fundado em bases democráticas, prevalece o princípio da liberdade, incompatível com punições sem processo e inconciliável com condenações sem defesa prévia. A prisão preventiva - que não deve ser confundida com a prisão penal - não objetiva infligir punição àquele que sofre a sua decretação, mas destina-se, considerada a função cautelar que lhe é inerte, a atuar em benefício da atividade estatal desenvolvida no processo penal'. (HC nº 79.857, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJ 04/05/2001).

Como já se viu, a decisão que negou a liberdade provisória ao paciente apoia-se em três supostas causas concorrentes de custódia cautelar: (i) exigência do clamor popular e da credibilidade da justiça, necessidade de prevenção de novos acidentes de trânsito e garantia da ordem pública; (ii) necessidade de rápida prestação jurisdicional e conveniência da instrução criminal; (iii) risco de fuga e conveniência da instrução criminal. Fundamenta-se, ainda, em alegada vedação legal (art. 323, CPP).

Nenhuma procede.

Segundo jurisprudência imperturbável da Corte, o chamado *clamor público* provocado pelo fato atribuído ao paciente, sobretudo quando confundido, como no caso, com sua repercussão nos veículos de comunicação de massa, não substancia fundamento idôneo à decretação da prisão preventiva (cf. HC nº 87.343, Rel. Min. CEZAR PELUSO, DJ 22/06/2007; HC nº 79.781, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, DJ 09/06/2000; HC nº 84.662, Rel. Min. EROS GRAU, DJ 22/10/2004; HC nº 83.828, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, DJ 20/02/2004, e onde se invocam os HC nº 71.289, Rel. Min. ILMAR GALVÃO; HC nº 78.425, Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA; HC nº 79.200, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE; HC nº 80.719, Rel. Min. CELSO DE MELLO). A ideia de revolta da população como fonte legitimadora da prisão cautelar, por assimilação à ideia de desordem, cuja eliminação custaria a liberdade do acusado, transpira a inconstitucionalidade e, salvo precedentes isolados, nunca foi tolerada pelo Supremo Tribunal Federal (cf. FAUZI HASSAN CHOUXR,

Código de Processo Penal – Comentários Consolidados e Crítica Jurisprudencial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 499-500).

Na verdade, o fundamento da prisão preventiva nesse caso é antecipar a punição ao trânsito em julgado de sentença condenatória. Mas o encarceramento cautelar deve obedecer ao critério da indispensabilidade sob a ótica instrumental, a não ser que se presuma a lesão criminosa antes de julgada a causa. E esta Corte tem afirmado que tal presunção afronta diretamente a garantia inscrita no art. 5º, LVII, da Constituição da República, que não permite impor ao réu, enquanto pendente a causa penal, nenhuma consequência danosa fundada ou vinculada diretamente a um juízo definitivo de culpabilidade:

‘EMENTA: AÇÃO PENAL. Prisão preventiva. Decreto fundado na necessidade de restabelecimento da ordem pública, abalada pela gravidade do crime. Exigência do clamor público e da credibilidade da Justiça. Inadmissibilidade. Razão que não autoriza a prisão cautelar. Ofensa ao art. 5º, LVII, da CF. Precedentes. É ilegal o decreto de prisão preventiva baseado em suposta exigência do clamor público e da credibilidade da Justiça, para restabelecimento da ordem social abalada pela gravidade do fato’ (HC N°93.315, Rel. Min. CEZAR PELUSO, DJ 27/06/2008. No mesmo sentido: HC 86.758, Rel. Min. SEPULVEDA PERTENCE, DJ 01/09/2006; HC 69.950, Rel. Min. FRANCISCO REZEK, RTJ 128/147; HC 84.997, Min. Rel. CEZAR PELUSO, DJ 08/06/2007; HC 83.806, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, DJ 18/06/2004; HC 84.073, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, DJ 28/05/2004; HC 85.036, Rel. Min. EROS GRAU, DJ 25/02/2005; HC 85.268, Rel. Min. GILMAR MENDES, DJ 15/04/2005; HC 86.371, Rel. Min. CEZAR PELUSO, JSTF 331/477; HC 89.501, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJ 16/03/2007).

Além disso, no que toca ao clamor público, como já se advertiu com alqueires de razão, a incompatibilidade entre a presunção de periculosidade e a prisão cautelar *‘se revela ainda mais grave quando se tem em conta a referência à função de pronta reação ao delito como forma de aplacar o alarme social; aqui se parte de um dado emotivo, instável e sujeito a manipulações, para impor à consciência do juiz uma medida muito próxima à ideia de justiça’* (GOMES FILHO, ANTONIO MAGALHAES. *Presunção de Inocência e Prisão Cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 68. Grifei).

A esse respeito, afirmei, no HC 84.311, que:

Aceitar a comoção como justificativa hábil à decretação da prisão preventiva significa antecipar, para a prisão processual, funções que são próprias da pena de prisão, sanção que somente pode ser imposta por decisão condenatória com trânsito em julgado, o que não é o caso.

A garantia da ordem pública ainda se justificaria pela necessidade de se evitar que o acusado retome o ofício de motorista profissional, dado o seu *'alto grau de irresponsabilidade e a prática de um ato criminoso e suicida'*. Ora, além de se basear em fatos sobre os quais ainda não há juízo definitivo de culpabilidade, a ordem pública, sob tal fundamento, poderá ser resguardada por medida assecuratória diversa da prisão preventiva, como a suspensão da permissão ou da habilitação para dirigir veículo automotor (art. 294 do CTB), o que lhe põe em evidência a completa desnecessidade.

Já com relação à conveniência da instrução criminal, a aceitar-se o constrangedor argumento de que a prisão se justifica para evitar a demora processual decorrente da expedição de cartas precatórias, a conclusão inevitável é a de que todos os processados fora da comarca de sua residência devem ser obrigatoriamente acautelados. A evidente incompatibilidade de tal argumento com os princípios constitucionais reguladores do sistema processual penal dispensa maiores considerações. Basta, aqui, reafirmar que a prisão processual somente se justifica, ao fundamento da conveniência da instrução criminal, quando houver elementos concretos de perturbação ao regular andamento do processo, imputáveis ao acusado (HC 86.371, Rel. Min. CEZAR PELUSO, JSTF 331/477).

Quanto ao risco de *'desaparecimento do acusado'*, que justificaria a cautela a fim de assegurar a aplicação da lei penal, noto que a decisão que manteve a custódia não aponta nenhum elemento concreto que indique o risco de fuga do paciente. E, como tenho decidido, quando desajudado ou carente de base factual, o apelo retórico a possível risco a aplicação da pena não pode sustentar decretação de prisão preventiva (HC nº 83.516, Rel. Min. CEZAR PELUSO, DJ 23/05/2008).

Finalmente, a decisão alude ao art. 323, I, do CPP, para sustentar a ilegalidade da concessão de liberdade provisória aos acusados por delitos cuja pena mínima seja superior a dois anos.

Veja-se, a propósito, o teor do mencionado artigo:

'Art. 323. Não será concedida fiança:

I - nos crimes punidos com reclusão em que a pena mínima cominada for superior a 2 (dois) anos.’

De início, ressalto que o parágrafo único do art. 310 do mesmo diploma legal determina a concessão de liberdade provisória nos casos de não ocorrência de qualquer das hipóteses que autorizam a prisão preventiva. Assim, diversamente do que afirma a decisão impugnada, há previsão legal expressa para a concessão do benefício, seja a infração afiançável ou não.

Dito isto, é caso de lembrar que a Constituição Federal estatui, em seu art. 5º, LXVI, que *‘ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança’* (grifei). Diante da prescrição constitucional, e da expressa autorização legal, não vejo como prosperar o argumento esposado na decisão.

Sobre o assunto, leciona Vicente GRECO FILHO:

‘Problema que o legislador e o intérprete deverão enfrentar é o de se saber se a proibição de fiança atinge, também, nessas infrações, a liberdade provisória sem fiança, conforme prevista no Código de Processo Penal (art. 310, parágrafo único), hipótese em que o juiz pode colocar o réu em liberdade se, em situação análoga, ele, juiz, não decretaria a prisão preventiva. Essa forma de liberdade aplica-se a qualquer infração penal, inclusive as inafiançáveis (...). [O] próprio constituinte, em outro inciso, faz a distinção entre liberdade provisória com ou sem fiança (inc. LXVI), de modo que, se desejasse abranger as duas hipóteses com a proibição, teria a elas se referido expressamente’ (*Tutela Constitucional das Liberdades*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 135, grifei).

Mantidas as circunstâncias que determinaram a concessão da liminar, deve esta ser confirmada.

2. Quanto ao argumento de que o paciente está sendo processado por autoridade incompetente, não assiste razão aos impetrantes.

O paciente responde à ação penal perante o Tribunal do Júri, uma vez pronunciado por homicídio praticado na modalidade de dolo eventual. Pretendem os impetrantes a desqualificação do crime para homicídio culposo, pelos argumentos expendidos às fls. 13-18, sustentando não

haver necessidade de análise do conjunto probatório para concluir pela procedência das alegações (fl. 14).

Analisar tal pretensão, no entanto, parece-me tarefa que refoge ao alcance e propósito da estreita via do *habeas corpus*.

Aplicam-se ao caso as mesmas razões adotadas pela Corte para não admitir trancamento de ação penal na via de *habeas corpus*, salvo em casos de patente atipicidade do comportamento, inocência do acusado, ou incidência de causa extintiva de punibilidade.

Para acolher a pretensão da defesa, seria necessária, aqui, a reabertura de contraditório de provas, desde as conclusões da perícia técnica até os depoimentos das testemunhas, coisa de todo inviável em *habeas corpus*. Nesse sentido:

“PENAL. PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. JÚRI. DESCLASSIFICAÇÃO DO DELITO DE HOMICÍDIO QUALIFICADO PARA LESÕES CORPORAIS SEGUIDAS DE MORTE. ALEGAÇÃO DE DEFEITO NA FORMULAÇÃO DOS QUESTITOS: INOCORRÊNCIA. 1. Inexistência do alegado constrangimento, dado que os quesitos *foram* formulados tendo em vista a tese de negativa de autoria, única sustentada pela defesa. II. O pedido de desclassificação de homicídio qualificado para lesões corporais demanda análise de prova, inviável nos estreitos limites do *habeas corpus*. III. Recurso improvido.” (RHC nº 84.176, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, DJ 25.06.2004).

Ademais, tenho que a discussão acerca do elemento subjetivo da conduta do paciente lhe impõe o julgamento perante o juízo competente, o Tribunal do Júri:

“HOMICÍDIO – TENTATIVA – DESCLASSIFICAÇÃO - LESÕES CORPORAIS. Exsurgindo a ambiguidade, impõe-se a submissão do acusado ao juiz natural, que é o tribunal do júri. A este, então, cabe decidir pela existência, ou não, de crime doloso contra a vida.” (HC nº 75.433, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, DJ 13/03/1998).

3. Ante o exposto, concedo parcialmente a ordem, para, confirmando a liminar, determinar que o paciente aguarde em liberdade o trânsito em julgado de eventual sentença condenatória, se por al não estiver preso.

**SUPERIOR TRIBUNAL
DE JUSTIÇA**

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA

Recurso em Mandado de Segurança n. 17.112/SC (2003/0169858-7)

Relatora: Ministra Denise Arruda

Recorrente: Brasil Telecom S.A.

Advogados: Leonardo Peres da Rocha e Silva e outros

Recorrente: Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel

Procuradores: Silvana Lúcia da Silva Beninca e outros

T. Origem : Tribunal Regional Federal da 4ª Região

Impetrado: Governador do Estado de Santa Catarina

Impetrado: Coordenador do Procon do Estado de Santa Catarina

Recorrido: Estado de Santa Catarina

Procuradores: Flávia Dreher de Araújo e outros

EMENTA

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI ESTADUAL 11.699/2001. TELEFONIA FIXA. NORMA DE EFEITOS CONCRETOS. SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES. COMPETÊNCIA LEGISLATIVA PRIVATIVA DA UNIÃO. INCONSTITUCIONALIDADE RECONHECIDA.

1. Na hipótese em exame, não se aplica a Súmula 266/STF, na medida em que, embora os recorrentes pretendam a declaração *incidenter tantum* da inconstitucionalidade da Lei Estadual 11.699/2001, o mandado de segurança não se limita a atacar a lei em tese. Isso, porque a referida lei possui efeitos concretos em relação à concessionária prestadora do serviço de telefonia, consubstanciados na exigência de que sejam discriminadas, nas faturas telefônicas, informações detalhadas referentes aos pulsos

utilizados pelo consumidor, bem como na aplicação de multa diária, caso não seja efetuada a referida discriminação no prazo previsto na lei estadual.

2. A Lei Estadual 11.699/2001 impõe, em seu art. 1º, à concessionária de serviço público de telefonia fixa no Estado de Santa Catarina a obrigação de individualizar, na fatura telefônica, cada ligação local realizada pelo consumidor, fazendo constar as seguintes informações: data da ligação, horário da ligação, duração da ligação, telefone chamado e valor devido. Além disso, determina, em seu § 2º, seja também especificada a quantidade de pulsos efetuados no mês atual de cobrança e a quantidade dos últimos doze meses. Para tanto, concede à concessionária de telefonia fixa o prazo de sessenta (60) dias, a partir de sua vigência, para adequar-se às imposições legais (art. 2º), sob pena de descumprimento da norma ensejar a aplicação de advertência, na primeira notificação, e, na seguinte, multa diária de cinco mil UFIRs, até que a empresa cumpra a exigência (art. 3º).

3. A referida lei estadual disciplina matéria relativa aos *serviços de telecomunicações*, os quais estão incluídos no âmbito da competência administrativa exclusiva da União, nos termos do art. 21, XI, da Constituição Federal, bem como no âmbito da competência legislativa privativa daquele ente federal, conforme preceitua o art. 22, IV, da CF/88. Destarte, constata-se inconstitucionalidade formal na Lei Estadual 11.699/2001, por vício de iniciativa.

4. Em demandas similares à dos presentes autos, o Supremo Tribunal Federal tem deferido medidas cautelares em ações diretas de inconstitucionalidade, suspendendo a eficácia de leis estaduais que veiculam obrigação semelhante de discriminação de informações nas contas telefônicas emitidas ao consumidor, por entender que, na hipótese, trata-se de competência privativa da União para legislar sobre serviços de telecomunicações,

nos termos dos arts. 21, XI, e 22, IV, da Constituição Federal (MC na ADI 3.322/DF, Pleno, Rel. Min. Cezar Peluso, DJ de 19.12.2006; MC na ADI 2.615/SC, Pleno, Rel. Min. Nelson Jobim, DJ de 6.12.2002; ADI 3.533/DF, Pleno, Rel. Min. Eros Grau, DJ de 6.10.2006).

5. Ao explorar indiretamente o serviço de telefonia, a União estabelece as formas de atuação de seus concessionários, por meio das Leis 8.987/95 e 9.472/97 e dos contratos administrativos celebrados com as empresas de telecomunicações, nos termos do art. 175 da CF/88. Destarte, somente quem pode definir as condições de exploração do serviço e estabelecer obrigações às concessionárias é a própria União, de maneira que, se o Estado intervém, estipulando normas acerca da forma de prestação do serviço, acaba interferindo no contrato firmado entre a União e suas concessionárias e, por conseguinte, violando o pacto federativo estabelecido pelo sistema de repartição constitucional de competências. Conclui-se, assim, que a Lei Estadual 11.699/2001 dispõe sobre matéria de competência da União, criando obrigação não prevista nos respectivos contratos de concessão de serviço público de telefonia fixa.

6. Diante do exposto, deve ser declarada a inconstitucionalidade formal, por vício de iniciativa, da Lei 11.699/2001, do Estado de Santa Catarina, nos termos dos arts. 97, da CF/88, 480 e 481, do CPC, e 200 do RISTJ.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça: Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Nilson Naves acompanhando o voto da Sra. Ministra Relatora, e os votos dos Srs. Ministros Fernando Gonçalves, Felix Fischer, Aldir Passarinho Junior, Hamilton Carvalhido,

Eliana Calmon, Paulo Gallotti, Francisco Falcão, Laurita Vaz, Luiz Fux e João Otávio de Noronha no mesmo sentido, a Corte Especial, por unanimidade, declarou a inconstitucionalidade da Lei nº 11.699/01, de Santa Catarina, com o conseqüente efeito de que a Primeira Turma completará o julgamento do recurso ordinário, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Nilson Naves, Fernando Gonçalves, Felix Fischer, Aldir Passarinho Junior, Hamilton Carvalhido, Eliana Calmon, Paulo Gallotti, Francisco Falcão, Laurita Vaz, Luiz Fux e João Otávio de Noronha votaram com a Sra. Ministra Relatora. Não participou do julgamento o Sr. Ministro Gilson Dipp. Impedida a Sra. Ministra Nancy Andrighi. Ausentes, justificadamente, a Sra. Ministra Nancy Andrighi e, ocasionalmente, o Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Ari Pargendler.

Brasília (DF), 03 de junho de 2009(data do julgamento).

Ministro Ari Pargendler, Presidente

Ministra Denise Arruda, Relatora

RELATÓRIO

Trata-se de recursos ordinários em mandado de segurança interpostos pela BRASIL TELECOM S/A e pela AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES - ANATEL -, ambos com fundamento nos arts. 105, II, *b*, da CF, e, 539, II, *a*, do CPC, contra acórdão, proferido pelo TRF da 4ª Região, assim ementado:

“MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIÇO DE TELEFONIA. RELAÇÃO DE CONSUMO. COMPETÊNCIA LEGISLATIVA. DILAÇÃO PROBATÓRIA.

- A Lei Estadual nº 11.699/2001-SC, ao determinar a discriminação por impulsos das ligações locais nas faturas telefônicas, vem no sentido de tutelar a relação de consumo entre prestadora e beneficiários do serviço de telefonia. A intenção primária não é estabelecer parâmetros

técnicos para o serviço de telefonia, mas dar seguimento ao preceito imposto pelo art. 6º, III, do Código de Defesa do Consumidor, qual seja: (São direitos básicos do consumidor:) a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como os riscos que se apresentem.

- Cabe analisar, portanto, a possibilidade de o Estado legislar sobre relação de consumo. Ora, nesse ponto a Carta Magna é hialina em seu art. 24, VIII, ao estatuir que cabe à União, aos Estados e aos Municípios legislar de forma concorrente sobre responsabilidade por dano ao consumidor.

- *A estreita via do writ of mandamus não comporta dilação probatória.*” (fl. 252).

Os embargos de declaração opostos foram rejeitados.

Em suas razões recursais, a Brasil Telecom alega, em síntese, ser ilegítima a exigência prevista na Lei Estadual 11.699/2001, a qual determina à concessionária de serviço público de telefonia fixa a obrigação de individualizar, nas faturas emitidas aos consumidores, cada ligação local realizada, com as seguintes especificações: data, horário, duração, telefone chamado e valor devido. Argumenta, nesse contexto, que: (a) a referida norma "*invade a seara da competência privativa da União para legislar sobre questões afetas às telecomunicações*" (fls. 278/279), nos termos dos arts. 21, X, e 22, IV, da Constituição Federal; (b) há ofensa aos arts. 3, 79, 83, 93 e 96 da Lei 9.472/90 - Lei Geral de Telecomunicações -, à Resolução 30, de 29 de junho de 1998, da Anatel, que aprovou o Plano Geral de Metas de Qualidade para o Serviço Telefônico Fixo Comutado, e à Resolução 85, de 30 de dezembro de 1998, da Anatel, que aprovou o Regulamento do Serviço Telefônico Comutado. Pleiteia, assim, seja reconhecida a inconstitucionalidade da Lei Estadual 11.699/2001.

Por seu turno, a ANATEL, em seu recurso ordinário, sustenta que o acórdão proferido no mandado de segurança viola o disposto nos arts. 1º, 8º, 18 e 103, da Lei 9.472/97, no art. 52, da Resolução Anatel 85/98, e

nos arts. 41 e 42, da Resolução Anatel 30/98. Aduz, para tanto, que "*regulamentação vigente para a tarifação das chamadas locais no Serviço Telefônico Público, quando da assinatura dos contratos de concessão, era a Portaria nº 216/91, do Secretário Nacional de Comunicações, alterada pela Portaria nº 218/97, do Ministro de Estado das Comunicações. Estabeleceu a Portaria MC nº 226/97 que a unidade de tarifação do STFC local é o pulso*" (fl. 345), de maneira que é indevida a determinação da Lei Estadual 11.699/2001 de que o serviço prestado seja medido em minutos e segundos. Afirma, ademais, que somente o legislador federal poderia determinar as respectivas alterações, porquanto se trata de regulação de serviços de telecomunicações de competência privativa da União (arts. 21, XI, e 22, IV, da CF/88). Requer, ao final, seja afastada a aplicabilidade das disposições contidas na referida lei estadual.

O Estado de Santa Catarina apresentou contrarrazões às fls. 375/383, alegando, preliminarmente, a não configuração do direito líquido e certo, na medida que, no caso, faz-se necessária dilação probatória. No mérito, argumenta a constitucionalidade da Lei Estadual 11.699/2001.

Admitido o recurso na origem, subiram os autos a esta Corte de Justiça, sendo, de pronto, encaminhados ao Ministério Público Federal. Este, por sua vez, às fls. 428/433, opinou pelo desprovimento do recurso, por entender que a referida lei estadual não adentrou matéria de competência legislativa exclusiva da União, porquanto apenas observou o comando do art. 6º, III, do Código de Defesa do Consumidor, bem como que "*as recorrentes não comprovaram os alegados prejuízos que sofreriam com a implantação das medidas determinadas pela Lei nº 11.699/2001*" (fl. 428).

Em questão de ordem, esta Relatora, após afastar a incidência da Súmula 266/STF, suscitou o incidente de inconstitucionalidade da Lei Estadual 11.699/2001, nos termos dos arts. 97 da CF/88, 480 e 481 do CPC e 200 do RISTJ. Os Ministros integrantes da Primeira Turma, por

maioria, acolheram a arguição de inconstitucionalidade, vencido o Ministro Luiz Fux, remetendo, por conseguinte, os autos para julgamento perante a Corte Especial.

O acórdão ficou assim ementado:

"QUESTÃO DE ORDEM NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. CABIMENTO. LEI ESTADUAL 11.699/2001. TELEFONIA FIXA. NORMA DE EFEITOS CONCRETOS. SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES. COMPETÊNCIA LEGISLATIVA PRIVATIVA DA UNIÃO. ACOLHIMENTO DO INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE. REMESSA DOS AUTOS À CORTE ESPECIAL.

1. Na hipótese em exame, não se aplica a Súmula 266/STF, na medida em que, embora a impetrante esteja requerendo a declaração incidental de inconstitucionalidade da Lei Estadual 11.699/2001, o mandado de segurança não se limita a atacar a lei em tese. Isso porque a referida lei possui efeitos concretos em relação à impetrante, consubstanciados na exigência de que sejam discriminadas, nas faturas telefônicas, informações detalhadas referentes aos pulsos utilizados pelo consumidor, bem como na aplicação de multa diária, caso não seja efetuada tal discriminação no prazo previsto na lei estadual (60 dias).

2. A referida lei estadual, em seu art. 1º, impõe à concessionária de serviço público de telefonia fixa no Estado de Santa Catarina a obrigação de individualizar, na fatura telefônica, cada ligação local realizada pelo consumidor, fazendo constar as seguintes informações: data da ligação, horário da ligação, duração da ligação, telefone chamado e valor devido. Além disso, determina, em seu § 2º, seja também especificada a quantidade de pulsos efetuados no mês atual de cobrança e a quantidade dos últimos doze meses.

3. À primeira vista, constata-se inconstitucionalidade formal na Lei Estadual 11.699/2001, por vício de iniciativa. Isso porque a Constituição Federal atribui à União a competência exclusiva para 'explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais' (art. 21, XI), assim como a competência privativa para legislar

a respeito desses serviços de telecomunicações (art. 22, IV), sendo certo que não há lei complementar autorizando os Estados a legislar sobre essas matérias, nos termos do parágrafo único do art. 22.

4. Sobre o tema, em questões similares à dos autos, o Supremo Tribunal Federal tem deferido medidas cautelares em ações diretas de inconstitucionalidade - ADIs -, suspendendo a eficácia de leis estaduais que veiculam obrigação semelhante de discriminação de informações nas contas telefônicas emitidas ao consumidor, por entender que, na hipótese, trata-se de competência privativa da União para legislar sobre serviços de telecomunicações, nos termos dos arts. 21, XI, e 22, IV, da Constituição Federal (MC na ADI 3.322/DF, Pleno, Rel. Min. Cezar Peluso, DJ de 19.12.2006; MC na ADI 2.615/SC, Pleno, Rel. Min. Nelson Jobim, DJ de 6.12.2002; ADI 3.533/DF, Pleno, Rel. Min. Eros Grau, DJ de 6.10.2006).

5. Entende-se, assim, pelo acolhimento da arguição de inconstitucionalidade em relação à Lei Estadual 11.699/2001, com a devida remessa dos autos à Corte Especial, conforme a previsão dos arts. 97 da CF/88, 480 e 481, do CPC, e 200 do RISTJ. " (fls. 454/455).

Instado a se manifestar, nos termos do art. 200, § 1º, do RISTJ, o Ministério Público Federal, às fls. 462/463, opinou pela rejeição do incidente de inconstitucionalidade, reiterando o parecer anteriormente proferido no sentido do desprovimento dos recursos ordinários em mandado de segurança. Entendeu, nesse contexto, que a Lei Estadual 11.699/2001 não está eivada de inconstitucionalidade formal, na medida em que não adentrou matéria de competência legislativa exclusiva da União, mas apenas observou o comando do art. 6º, III, do Código de Defesa do Consumidor.

É o relatório.

VOTO

A controvérsia cinge-se à análise da constitucionalidade da Lei 11.699, de 8 de janeiro de 2001, do Estado de Santa Catarina, a qual determina à concessionária de serviço público de telefonia fixa a obrigação de individualizar, nas faturas emitidas aos consumidores, cada ligação local

realizada - com as seguintes especificações: data, horário, duração, telefone chamado e valor devido -, sob pena de imposição de multa diária.

A referida norma estadual está assim redigida:

"O GOVERNADOR DO ESTADO DE SANTA CATARINA,

Faço saber a todos os habitantes deste Estado que a Assembléia Legislativa decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º Fica a empresa concessionária de serviço público de telefonia fixa no Estado de Santa Catarina, responsável pela emissão da fatura telefônica, obrigada a individualizar cada ligação local realizada pelo consumidor, fazendo constar na fatura de cobrança as seguintes informações:

- a) data da ligação;*
- b) horário da ligação;*
- c) duração da ligação;*
- d) telefone chamado; e*
- e) valor devido.*

§ 1º Entende-se por ligação local aquelas denominadas genericamente por pulsos pelas empresas concessionárias do serviço público de telefonia fixa.

§ 2º A empresa concessionária de serviço público de telefonia fixa também fica obrigada a colocar a quantidade de pulsos efetuados no mês atual de cobrança e a quantidade dos últimos doze meses.

Art. 2º A empresa concessionária de serviço público de telefonia fixa no Estado de Santa Catarina terá sessenta dias para se adequar à presente Lei.

Art. 3º Caberá ao Poder Executivo Estadual fiscalizar e impor as seguintes penas, no caso de descumprimento da presente Lei:

- a) advertência na primeira notificação; e*
- b) multa diária de cinco mil Unidades de Referência Fiscal (UFIRs), na segunda notificação, até que a empresa cumpra a Lei.*

Art. 4º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 5º Revogam-se as disposições em contrário" (fl. 33).

(I) Inicialmente, cabe ressaltar que, na hipótese em exame, não se aplica a Súmula 266/STF, na medida em que, embora os recorrentes estejam requerendo a declaração *incidenter tantum* da inconstitucionalidade da Lei Estadual 11.699/2001, o mandado de segurança não se limita a atacar a lei em tese. Isso, porque a referida lei possui efeitos concretos em relação à concessionária prestadora do serviço de telefonia, consubstanciados na exigência de que sejam discriminadas, nas faturas telefônicas, informações detalhadas referentes aos pulsos utilizados pelo consumidor, bem como na aplicação de multa diária, caso não seja efetuada a referida discriminação no prazo previsto na lei estadual (60 dias).

Da análise da referida norma, verifica-se que se trata de lei auto-aplicável, porquanto capaz de produzir efeitos concretos, sem que, para isso, seja necessária a atuação da autoridade pública. Assim, não se tratando de discussão a respeito de lei em tese, mas, paradoxalmente, de lei que produziu efeitos concretos em relação à empresa de telefonia fixa, considera-se cabível o presente mandado de segurança, afastando-se, por conseguinte, a aplicação da mencionada Súmula 266/STF: "*Não cabe mandado de segurança contra lei em tese.*"

A respeito do tema, o Superior Tribunal de Justiça tem decidido que "*as leis e decretos auto-aplicáveis, que produzem efeitos concretos, independentemente da atuação da autoridade pública, ensejadores de ameaça efetiva da prática de ato lesivo ao particular, não se confundem com a lei em tese, regra abstrata de conduta, não atacável por mandado de segurança*" (EDcl no REsp 40.055/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, DJ de 9.6.1997).

A propósito:

“RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA.
ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. DISTRIBUIÇÃO
POR

PREVENÇÃO NO ÂMBITO DO STJ. ART. 71 E PARÁGRAFOS DO RISTJ. IMPOSSIBILIDADE. PERMISSÃO A MOTORISTAS AUXILIARES PARA A EXPLORAÇÃO DE TRANSPORTE PÚBLICO POR TÁXI . LEI MUNICIPAL N. 3.123, DE 2000. CONSTITUCIONALIDADE DECLARADA PELO STF.

(...)

2. O entendimento do STJ pacificou-se no sentido de que a Lei do Município do Rio de Janeiro n. 3.123, de 2000, já declarada constitucional pelo Excelso Pretório (Recurso Extraordinário n. 359.444), é auto-aplicável e de efeitos concretos, razão pela qual mostra-se cabível a impetração de mandado de segurança objetivando o seu cumprimento.

3. *Recurso ordinário provido para que a Corte a quo aprecie o mérito da ação mandamental.*” (RMS 15.509/RJ, 2ª Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ de 10.10.2005).

"PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. INDICAÇÃO EQUIVOCADA DO PERMISSIVO CONSTITUCIONAL DO RECURSO. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE RECURSAL. EXPLORAÇÃO DO SERVIÇO DE TRANSPORTE DE PASSAGEIROS EM VEÍCULOS DE ALUGUEL A TAXÍMETRO. LEI MUNICIPAL N. 3.123/2000. AUTO-APLICABILIDADE. CABIMENTO DE MANDADO DE SEGURANÇA.

(...)

2. A Lei n. 3.123/2000, que disciplinou a transformação dos motoristas auxiliares de veículo de aluguel a taxímetro em permissionários autônomos, é auto-aplicável, de efeito concreto, possuindo operatividade imediata em relação aos motoristas auxiliares que satisfaçam todas as exigências legais impostas para o exercício do serviço público de táxi. Assim sendo, é possível de ser atacada pelo mandado de segurança, posto inaplicável ao caso a Súmula 266/STF.

3. *Recurso a que se dá provimento.*” (RMS 15.693/RJ, 1ª Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 13.9.2004).

"PROCESSUAL CIVIL. LEI MUNICIPAL Nº 3.123/00. TRANSFORMAÇÃO DOS TAXISTAS AUXILIARES EM AUTÔNOMOS.

1. Sendo a Lei Municipal nº 3.123/00 auto-aplicável, não dependente de regulamentação, cabível a impetração de mandado de segurança objetivando seu cumprimento.

(...)

3. *Recurso parcialmente provido.*” (RMS 15.750/RJ, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 1º.12.2003).

Saliente-se, ademais, a possibilidade de se alegar inconstitucionalidade de norma em sede de mandado de segurança para fundamentar o pedido, quando a legislação impugnada ensejar efeitos concretos em relação ao impetrante, *in verbis*:

"PROCESSUAL - MANDADO DE SEGURANÇA - LEI DE EFEITOS CONCRETOS - DECLARAÇÃO INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE - LEI 1.965/93 DO MUNICÍPIO DE ARACAJU.

I - Se a lei estabelece, com eficácia plena, vedações ou obrigações, é possível mandado de segurança, para que o agente da administração deixe de executar os preceitos legais;

II- É possível, no processo de mandado de segurança, a declaração incidente de inconstitucionalidade de lei;

III - A lei 1.965/93, do Município de Aracaju produziu efeitos concretos e imediatos;

IV - Constatada a viabilidade do pedido de mandado de segurança, dá-se provimento ao recurso, para que o Tribunal a quo prossiga no julgamento.” (RMS 4.780/SE, 1ª Turma, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ de 24.4.1995).

"TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. IPI. DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE. CABIMENTO. PRECEDENTES DESTESUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RECURSO ESPECIAL DO CONTRIBUINTE PROVIDO.

(...)

2. Consoante afirma a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, é possível a declaração incidental de inconstitucionalidade de lei em sede

de mandado de segurança, procedimento que, se denegado, conduz à redução da tutela ofertada por essa via mandamental. Precedentes.

3. Recurso especial conhecido e provido para o efeito de que, desconstituído o acórdão recorrido, seja realizado no egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina o regular julgamento das questões de direito aventadas." (REsp 770.490/SC, 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, DJ de 14.11.2005).

(II) Superada a questão da admissibilidade da presente arguição de inconstitucionalidade na via do mandado de segurança, passa-se ao exame da constitucionalidade da Lei 11.699, de 8 de janeiro de 2001, do Estado de Santa Catarina, nos termos dos arts. 97, da CF/88, 480 e 481, do CPC, e 200 do RISTJ.

A Constituição Federal de 1988, visando a realizar o equilíbrio federativo, adota técnica de repartição de competências peculiar, enumerando os poderes exclusivos e privativos da União (arts. 21 e 22), destinando os poderes remanescentes aos Estados (art. 25, § 1º) e definindo os poderes, indicativamente, dos Municípios (art. 30). Ademais, enumera as hipóteses de competência material comum entre os entes da federação (art. 23) e de competência legislativa concorrente, na qual incumbe à União a edição de normas gerais e aos Estados e Municípios a de normas suplementares (art. 24).

A competência prevista no art. 21 da CF/88 possui natureza material (administrativa) incumbindo exclusivamente à União, o que impossibilita qualquer espécie de delegação. A previsão do art. 22 da CF/88 é de natureza legislativa e estabelece a competência privativa da União para editar normas acerca dos temas ali enumerados. Nesse segundo caso, há a possibilidade de delegação aos Estados-membros para legislar sobre questões específicas, nos moldes do parágrafo único do mencionado art. 22, através de lei complementar. No entanto, ainda não foi editada nenhuma lei complementar autorizando qualquer espécie de delegação.

Por sua vez, aos Estados estão previstos os poderes remanescentes, ou seja, aquilo que não estiver na competência material exclusiva ou legislativa privativa da União pode ser objeto de atuação pelo Estado-membro, ressalvando-se as hipóteses de competência concorrente e comum. Na lição de José Afonso da Silva, aos Estados é vedado "*implicitamente tudo que tenha sido enumerado apenas para a União e para os Municípios. Assim, a matéria relacionada nos arts. 20, 21 e 22 explicitamente como de competência da União está implicitamente interdita aos Estados. Do mesmo modo, não podem os Estados interferir naquilo que a Constituição integrou na competência municipal (arts. 29 e 30)*" (*in Curso de Direito Constitucional Positivo*, 27ª ed., revista e atualizada, São Paulo: Malheiros, 2006, p. 619).

Nesse contexto, constata-se inconstitucionalidade formal na Lei Estadual 11.699/2001, por vício de iniciativa. Isso, porque a Constituição Federal de 1988 atribui à União a competência exclusiva para explorar os serviços de telecomunicações (art. 21, XI), assim como a competência privativa para legislar a respeito desses serviços (art. 22, IV).

Convém transcrever o teor das referidas normas constitucionais:

"Art. 21. Compete à União:

(...)

XI - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais."

"Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

(...)

IV - águas, energia, informática, telecomunicações e radiodifusão;

(...)

Parágrafo único. Lei complementar poderá autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas neste artigo."

A Lei Estadual 11.699/2001 impõe, em seu art. 1º, à concessionária de serviço público de telefonia fixa no Estado de Santa Catarina a obrigação de individualizar, na fatura telefônica, cada ligação local realizada pelo consumidor, fazendo constar as seguintes informações: data da ligação, horário da ligação, duração da ligação, telefone chamado e valor devido. Além disso, determina, em seu § 2º, seja também especificada a quantidade de pulsos efetuados no mês atual de cobrança e a quantidade dos últimos doze meses. Para tanto, concede à concessionária de telefonia fixa o prazo de sessenta (60) dias, a partir de sua vigência, para adequar-se às imposições legais (art. 2º), sob pena de o descumprimento da norma ensejar a aplicação de advertência, na primeira notificação, e, na seguinte, multa diária de cinco mil UFIRs, até que a empresa cumpra a exigência (art. 3º).

Nota-se, portanto, que a lei estadual disciplina matéria relativa aos *serviços de telecomunicações*, os quais estão incluídos no âmbito da competência administrativa exclusiva da União, nos termos do art. 21, XI, da Constituição Federal, bem como no âmbito da competência legislativa privativa daquele ente federal, conforme preceitua o art. 22, IV, da CF/88.

Interpretando os dispositivos constitucionais supramencionados, José Afonso da Silva, além de reafirmar a competência exclusiva da União para explorar os serviços de telecomunicações, traz definições importantes a respeito do tema, *in verbis* :

"Faremos rápido esclarecimento sobre a matéria constante do art. 21, XI e XII (letras b e c, supra). Primeiro, para esclarecer que a EC-8/95 deu nova redação ao inc. XI e à alínea a do inc. XII e, com isso, mudou o regime de exploração dos serviços de telecomunicações, suprimindo o regime de monopólio da União para explorar, por si ou por empresa estatal, os serviços de telecomunicações em geral, razão por que também retirou da alínea a do inc. XII a referência a 'demais serviços de telecomunicações', que tinham ficado fora do regime de monopólio; uniformizou-se, desse modo, o regime de exploração dos serviços de telecomunicações, concentrados no inc. XI, enquanto os demais serviços de utilidade pública estão previstos no inc. XII.

Segundo, para observar que o tratamento da matéria em incisos diferentes ainda se justifica, porquanto o texto passou a exigir regime especial de organização dos serviços de telecomunicação, nos termos de lei, inclusive com a criação de um órgão regulador e de outros aspectos institucionais, o que não se aplica aos serviços referidos no inc. XII. Terceiro, para dar algumas definições ainda pertinentes, indispensáveis à compreensão do texto. As definições são as do Código de Telecomunicações, para o qual constituem serviços de telecomunicações a transmissão, emissão ou recepção de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza, por fio, rádio, eletricidade, meios óticos ou qualquer outro processo eletromagnético (CLT, art. 4º). Telefonia é o processo de telecomunicação destinado à transmissão da palavra falada ou de sons, enquanto telegrafia é o processo de telecomunicação destinado à transmissão de escritos, pelo uso de código de sinais (CLT, art. 4º). Telecomunicação é gênero que compreende todas as formas de comunicação à distância, por processos de telegrafia, telefonia, radiodifusão sonora e de sons e imagens.

Os serviços públicos de telecomunicações são de duas espécies: (a) serviço público em geral, o destinado ao público em geral; (b) serviço público restrito, o que é facultado ao uso dos passageiros dos navios, aeronaves, veículos em movimento ou ao uso do público em localidades ainda não servidas por serviço público em geral (Código de Telecomunicações, art. 6º, a e b); cumpre notar que esse Código parece compreender como serviço público de telecomunicação apenas o geral, à vista do disposto no final da alínea b do art. 6º. Parece-nos, no entanto, que, à vista do texto constitucional, também o restrito se inclui no conceito de serviços públicos de telecomunicações ali mencionado, desde que seu uso pelos passageiros se destine a comunicação com o público em geral, e não apenas dentro das unidades da empresa transportadora. Assim é, porque a telecomunicação intraórgão ou intraunidades de uma empresa se classifica como serviço limitado, ou seja, o executado por estações não abertas à correspondência pública e destinado ao uso de pessoas físicas ou jurídicas nacionais, tais como: (a) o de segurança, regularidade, orientação e administração dos transportes em geral; (b) o de múltiplos destinos; (c) o serviço rural; (d) o de serviço privado (Código de Telecomunicações, art. 6º, c)" (Ob. cit., pp. 498/499, grifou-se).

Outrossim, José Cretella Júnior leciona:

“Cabe à União, em 1969 e em 1988, legislar sobre todos os meios de comunicação à distância (telecomunicações), quer pela transmissão de sons (telégrafo, telefone e rádio), quer pela transmissão de imagens e sons (televisão). As Constituições de 1967, art. 8º, XV, 'a', e de 1969, art. 8º, XV, 'a', já mencionavam as telecomunicações, exploradas diretamente, ou mediante autorização ou concessão, competindo à União, em 1969, legislar a respeito. Na Constituição de 1988, o vocábulo telecomunicações aparece em vários pontos: art. 21, XI, e XII, 'a' (duas vezes), art. 48, XII e ADCT, art. 66.

Em 1969, cabia, como ainda hoje, em 1988, cabe também, ao poder legislativo central, à União, legislar sobre energia elétrica e suas aplicações, como, neste caso, as telecomunicações (art. 8º, XVII, 'i'), explorando diretamente, ou mediante autorização ou concessão, os respectivos serviços públicos (art. 8º, XV, da Constituição de 1969). Logo, duas são as atribuições da União ao mesmo tempo que 'legisla', 'explora' e, explorando, pode executar os serviços públicos de telecomunicação, mediante o emprego de seu próprio pessoal, ou outorgá-los, recorrendo às figuras jurídicas da autorização ou da concessão.” (in Comentários à Constituição Brasileira de 1988, 2ª ed., Vol. III, Rio de Janeiro: Forense Universitária, p. 1.489).

Em demandas similares à dos presentes autos, o Supremo Tribunal Federal tem deferido medidas cautelares em ações diretas de inconstitucionalidade, suspendendo a eficácia de leis estaduais que veiculam obrigação semelhante de discriminação de informações nas contas telefônicas emitidas ao consumidor, por entender que, na hipótese, trata-se de competência privativa da União para legislar sobre serviços de telecomunicações, nos termos dos arts. 21, XI, e 22, IV, da Constituição Federal.

Convém citar os seguintes precedentes daquela Corte Suprema:

"INCONSTITUCIONALIDADE. AÇÃO DIRETA. Lei Distrital nº 3.426/2004. Serviço público. Telecomunicações. Telefonia fixa. Concessão. Concessionárias. Obrigação de discriminar informações na fatura

de cobrança. Definição de ligação local. Disposições sobre ônus da prova, termo de adequação e multa. Inadmissibilidade. Aparência de invasão de competência legislativa exclusiva da União. Ofensa aos arts. 21, XI, 22, IV, e 175, § único, incs. I, II e III, da CF. Liminar concedida. Precedentes. Votos vencidos. Aparenta inconstitucionalidade a lei distrital que, regulando a prestação do serviço correspondente, imponha a concessionárias de telefonia fixa obrigações na confecção das faturas e disponha sobre unidade de tarifação, ônus da prova, termo de adequação às suas normas e aplicação de multas." (MC na ADI 3.322/DF, Pleno, Rel. Min. Cezar Peluso, DJ de 19.12.2006).

"CONSTITUCIONAL. PROJETO DE LEI ESTADUAL DE ORIGEM PARLAMENTAR. VETO TOTAL. PROMULGAÇÃO DA LEI PELA ASSEMBLEIA. NORMA QUE DISCIPLINA FORMA E CONDIÇÕES DE COBRANÇA PELAS EMPRESAS DE TELECOMUNICAÇÕES. MATÉRIA PRIVATIVA DA UNIÃO. OFENSA AO ART. 21, XI, DA CF. LIMINAR DEFERIDA." (MC na ADI 2.615/SC, Pleno, Rel. Min. Nelson Jobim, DJ de 6.12.2002).

Ademais, em decisão de mérito, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade, por vício de iniciativa, da Lei 3.596/2005, do Distrito Federal, que determinava às concessionárias de telefonia fixa a obrigação de instalarem contadores de pulso em cada ponto de consumo, cuja ementa a seguir se transcreve:

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. IMPUGNAÇÃO DA LEI DISTRITAL N. 3.596. IMPOSIÇÃO, ÀS EMPRESAS DE TELEFONIA FIXA QUE OPERAM NO DISTRITO FEDERAL, DE INSTALAÇÃO DE CONTADORES DE PULSO EM CADA PONTO DE CONSUMO. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 22, IV, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL.

1. A Lei distrital n. 3.596 é inconstitucional, visto que dispõe sobre matéria de competência da União, criando obrigação não prevista nos respectivos contratos de concessão do serviço público, a serem cumpridas pelas concessionárias de telefonia fixa – artigo 22, inciso IV, da Constituição do Brasil.

2. *Pedido julgado procedente para declarar inconstitucional a Lei distrital n. 3.596/05." (ADI 3.533/DF, Pleno, Rel. Min. Eros Grau, DJ de 6.10.2006).*

É importante salientar que a exploração dos serviços de telecomunicações pela União pode ser realizada diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, o que enseja, em caso de concessão da exploração do serviço público, a aplicação do art. 175 da Constituição Federal, segundo o qual:

"Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

II - os direitos dos usuários;

III - política tarifária;

IV - a obrigação de manter serviço adequado."

Ao explorar indiretamente o serviço de telefonia fixa, a União estabelece as formas de atuação de seus concessionários, por meio das Leis 8.987/95 e 9.472/97 e dos contratos administrativos celebrados com as empresas de telecomunicações. Destarte, somente quem pode definir as condições de exploração do serviço e estabelecer obrigações às concessionárias é a própria União, de maneira que, se o Estado intervém, estipulando normas acerca da forma de prestação do serviço, acaba interferindo no contrato firmado entre a União e suas concessionárias e, por conseguinte, violando o pacto federativo estabelecido pelo sistema de repartição constitucional de competências.

Nesse sentido, convém citar as ponderações feitas pela Ministra Cármen Lúcia, em voto proferido no julgamento da ADI 3.533/DF (STF, Rel. Min. Eros Grau, DJ de 6.10.2006), *in verbis* :

"Reitero que a competência para atuar quanto aos direitos do usuário decorrentes ou havidos em virtude da prestação dos serviços públicos devem ser cuidados pelo ente titular de cada um deles no que concerne às matérias objeto do contrato de concessão, em cujas cláusulas são definidas as obrigações das partes. De se notar que a fiscalização do cumprimento do contrato, aí incluída aquela para o fim de garantir direitos constitucionais, como os dos usuário-consumidores do serviço, não é faculdade, mas dever do ente administrativo.

A legislação distrital macula-se, portanto, pelo vício decorrente de intromissão em competência que lhe é alheia e, portanto, vedada, quando elabora normas sobre tema que não lhe é entregue constitucionalmente para ser cuidado.

A Constituição outorga a cada um dos entes a titularidade de serviços públicos que, ao ser prestados, têm de submeter-se ao regramento, à fiscalização e à direção do poder concedente. No caso da telefonia, como afirmado pelo nobre Ministro Relator, o ente concedente é a União.

Os serviços de telefonia são tidos como federais por opção do constituinte nacional. As relações havidas por sua prestação ou dela decorrentes e pelo seu uso pelo administrado submetem-se a legislação nacional e federal, certamente.

A repartição de competências constitucionais quanto aos serviços respeita, também, ao princípio da autonomia das entidades federadas, uma das quais, nos termos do art. 18, da Constituição da República, é a União. Nem poderia essa pessoa política cuidar das relações de consumo dos serviços públicos havidos em cada uma das entidades estaduais e distrital, nem se poderia dar o inverso.

Ao cuidar da telefonia, a União estabelece as formas de atuação dos seus concessionários (Leis nºs 8.987/95 e 9.472/97) e, nos contratos, nos termos do art. 175, parágrafo único, as condições de fiscalização do quanto lhe é exigido.

A Lei Distrital em questão, ao definir as normas de obrigações a serem levadas a efeito pelas concessionárias federais, intervém no contrato firmado entre a União e as suas concessionárias e define novas tarefas para essas, que têm como contratante outro que é o ente federal.

Não posso concluir, portanto, ser constitucionalmente possível que um ente não participante da concessão possa impor - por definição legal

genérica - a uma das partes do contrato de concessão, de que é parte outra pessoa política, obrigações, ainda que ao argumento de que tanto se daria para o bem do consumidor.

Até porque se tanto fosse possível a concessão não teria tratamento igual para todos os usuários (que ficariam a depender de outros entes que não o titular do serviço) e, ainda, a concessão não se completaria entre as pessoas que comparecem, formalmente, ao contrato." (grifou-se).

Conclui-se, assim, que a Lei Estadual 11.699/2001 dispõe sobre matéria de competência da União, criando obrigação não prevista nos respectivos contratos de concessão de serviço público de telefonia fixa.

Por fim, cumpre mencionar que o Tribunal de origem entendeu que a Lei Estadual 11.699/2001, por estar tutelando relação de consumo entre a prestadora e os beneficiários do serviço de telefonia, não ofendeu a competência da União prevista na Constituição Federal. Todavia, a norma em exame não está regulando propriamente uma relação de consumo, mas, na realidade, o serviço de telecomunicações, que, conforme salientado, é de competência privativa da União, nos termos dos arts. 21, XI, e 22, IV, da Constituição Federal.

Diante do exposto, deve ser declarada a inconstitucionalidade formal, por vício de iniciativa, da Lei 11.699/2001, do Estado de Santa Catarina, nos termos dos arts. 97, da CF/88, 480 e 481, do CPC, e 200 do RISTJ.

É o voto.

RECURSOS ESPECIAIS

Recurso Especial n. 972.548/SC (2007/0171064-8)

Relator: Ministro Benedito Gonçalves

Recorrente: Ministério Público Federal

Recorridos: Otto Júlio Malina e outros

Advogado: Oldenio Otto Malina

Interessada: União

EMENTA

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. ILHA COSTEIRA. ÁREA DE PRESERVAÇÃO AMBIENTAL. USUCAPIÃO. PROPRIEDADE. ACÓRDÃO RECORRIDO COM FUNDAMENTAÇÃO EMINENTEMENTE CONSTITUCIONAL.

1. Hipótese em que o Tribunal de origem firmou entendimento de que o imóvel localizado na Ilha de Santa Catarina não é de propriedade da União, sendo passível de usucapião, analisando-se exclusivamente dispositivos das Constituições de 1967 e 1988.

2. Daí se vê que a matéria foi decidida pela Corte Estadual com base em fundamento eminentemente constitucional e, portanto, afeta à exclusiva competência do Supremo Tribunal Federal. Inviável o cabimento do recurso especial. Precedentes.

3. Recurso especial não conhecido.

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, não conhecer do recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Hamilton Carvalhido, Luiz Fux e Teori Albino Zavascki votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, por motivo de licença, a Sra. Ministra Denise Arruda.

Brasília (DF), 20 de agosto de 2009 (data do julgamento).

Ministro Benedito Gonçalves, Relator

RELATÓRIO

Trata-se de recurso especial interposto pelo Ministério Público Federal, com fundamento na alínea "a", do artigo 105, da CF/88, contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, assim ementado (fl. 302):

ADMINISTRATIVO. USUCAPIÃO. IMÓVEL. FLORIANÓPOLIS. ILHA COSTEIRA. POSSIBILIDADE JURÍDICA. ARTS. 20, IV, e 26, II, da CF/88. REQUISITOS COMPROVADOS. ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. POSSIBILIDADE DE USUCAPIÃO.

1. Localizado o imóvel em ilha classificada como sendo costeira, é ele passível de ser havido por particulares via prescrição aquisitiva. Inteligência dos arts. 20, IV, e 26, II, da CF/88. Precedentes desta Corte e do Pretório Excelso.

2. Demonstrado que, anteriormente à edição da CF/88, os autores, considerando a *accessio possessionis*, atendiam aos pressupostos legais para aquisição do imóvel por usucapião extraordinária, é de ser julgada procedente a ação declaratória.

3. A eventual caracterização do imóvel, ou parte dele, como área de preservação permanente não implica obstáculo legal ao seu assentimento pelo particular, podendo, então, ser objeto de usucapião. É que a qualificação de determinada área como sendo de preservação permanente não a insere, por si só, no domínio público. Há compatibilidade legal entre o domínio privado e a delimitação da área de preservação permanente; configura-se, apenas, limitação administrativa

à propriedade, estabelecida em prol do interesse coletivo de preservação ecológica.

Nas razões do recurso especial, alega-se que o acórdão recorrido, ao admitir o usucapião em Área de Preservação Permanente - APP, contrariou os artigos 2º, "f", da Lei n. 4.771/65 (Código Florestal) e artigo 3º, incisos IX, "b", e XI, da Resolução Conama n. 303/02.

Não foram apresentadas contrarrazões ao recurso especial, conforme certidão de fl. 327.

Em virtude da admissão do especial na origem (fl. 328), vieram os autos a esta Corte.

É o relatório.

VOTO

A controvérsia cinge-se na possibilidade de usucapião de área de preservação permanente cujo domínio é reivindicado pela União Federal.

É de ser ver que o deslinde da questão depende da decisão quanto ao domínio do imóvel pela União, matéria decidida pela Corte Estadual com base em fundamento eminentemente constitucional, como se depreende dos seguintes excertos:

O imóvel usucapiendo, está claro nos elementos de prova e na descrição da sua caracterização e localização, situa-se no perímetro da ilha de Florianópolis, cujo território, em face da sua classificação como ilha costeira, é passível de ser havido por particulares via prescrição aquisitiva. Peço vênias para, no tocante à juridicidade da pretensão declaratória deduzida nesta demanda, reproduzir voto da i. Desembargadora Federal SILVIA GORAIEB, Presidente deste Colegiado, lançado à ocasião do julgamento da AC n. 2000.72.00.008768-9/SC, que, com sua peculiar maestria e objetividade, bem solve o tema, arredando os obstáculos alevantados pela União contra a procedência do pleito, *in verbis*:

“A questão discutida nos autos diz respeito à titularidade do domínio das ilhas marítimas, já que tanto a Constituição Federal de 1967, quanto a de 1988 contêm dispositivos que as incluem entre os bens da União.

O art. 4º da Constituição de 1967, inalterado pela Emenda Constitucional de 1969, referia-se às ilhas oceânicas como sendo de domínio da União:

‘Art. 4º Incluem-se entre os bens da União:

.....
II - os lagos e quaisquer correntes de água em terrenos de seu domínio, ou que banhem mais de um Estado, constituam limite como outros países ou se estendam a território estrangeiro; as ilhas oceânicas, assim como as ilhas fluviais e lacustres nas zonas limítrofes com outros países;’

Sobre o tema, quando do julgamento do RE nº 101.037 (RTJ 113:1279), em 1985, o Ministro Francisco Rezek alertou para a necessidade de dar-se à expressão mencionada a devida abordagem técnica, a qual foi sintetizada pelo geógrafo Aroldo de Azevedo nos seguintes termos:

‘As ilhas marítimas classificam-se em costeiras e oceânicas. Ilhas costeiras são as que resultam do relevo continental ou da plataforma submarina; ilhas oceânicas são as que se encontram afastadas da costa e nada têm a ver com o relevo continental ou com a plataforma submarina.’

Partindo do conceito acima transcrito, entendeu o Supremo Tribunal Federal que a ilha de Florianópolis não é passível de classificação como ilha oceânica e, como tal, seria inadmissível simplesmente deixar de reconhecer o domínio privado dos particulares nela instalados:

‘A ler a expressão ‘ilhas oceânicas’ o que leem, neste momento, os patronos da fazenda federal, e dada a realidade elementar de que contra o comando constitucional não há direito adquirido ou ato jurídico perfeito que se contraponha, teremos que três Unidades federais - não menos que três Unidades federadas - perderam, em 1967, suas capitais para o patrimônio da União. Em São Luís do Maranhão, bem assim em Vitória e Florianópolis, o Estado e o Município já não deteriam seus bens dominicais, nem os de uso especial, nem os de uso comum do povo. Ter-se-ia extinto, igualmente, o patrimônio privado. Do palácio do governo à casa de família, da catedral ao clube recreativo, das lojas e fábricas à praça pública, tudo se haveria num repente convertido em

patrimônio da União por obra do constituinte de 67, tomado este - e logo este - por um rompante de audácia que teria assombrado os legisladores da Rússia de 1918.’

A situação não foi alterada com a promulgação da Constituição de 1988, salvo pelo fato de que os dispositivos atinentes à matéria em tela são mais claros quanto à distinção feita pelo constituinte entre as ilhas marítimas, referindo-se expressamente a ilhas oceânicas e ilhas costeiras:

‘Art. 20. São bens da União:

.....

IV - as ilhas fluviais e lacustres nas zonas limítrofes com outros países; as praias marítimas; as ilhas oceânicas e as costeiras, excluídas, destas, as áreas referidas no art. 26, II.

Art. 26 . Incluem-se entre os bens dos Estados:

.....

II - as áreas, nas ilhas oceânicas e costeiras, que estiverem no seu domínio, excluídas aquelas sob domínio da União, Municípios ou terceiros;’

Como se vê, o texto constitucional em vigor manteve a norma anterior que atribuía à União o domínio sobre as ilhas costeiras. Todavia, este não é absoluto, uma vez que foram ressalvadas as áreas que estiverem no domínio do Estado, do Município e, ainda, de particulares.

A regra, então, é a de que as ilhas costeiras, em princípio, pertencem ao patrimônio da União; porém, poderão integrar o domínio do Estado, desde que não sejam tituladas por Municípios ou por particulares.

Na ressalva constante do art. 26 citado, encontra-se a ilha de Santa Catarina que, por isso mesmo, é passível de usucapião, como já decidiu a Segunda Turma desta Corte, no julgamento da AC nº 98.04.04891-5/SC, na sessão de 21.11.91 (DJ de 29.01.92), sendo Relatora a Exma. Juíza Luíza Dias Cassales:

‘USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIA. POSSE NÃO TITULADA. ILHA DE SANTA CATARINA. TERRENOS DE MARINHA.

1. A ilha de Santa Catarina, por ser ilha costeira, não integra o patrimônio da União, quando estiver dentro dos limites do art. 26, II, ressalvado pelo art. 20 da CF.

2. A posse por mais de vinte anos, da área não titulada, foi homologada pelo juízo. Trata-se, portanto, da usucapião extraordinária, que se caracteriza pela maior duração da posse, e por dispensar o justo título e a boa-fé.

3. Os terrenos de marinha, que pertencem à União, terão de ser reservados, não podendo integrar a área usucapienda.

4. Apelo provido.’

Do acima exposto, conclui-se que a área descrita na inicial pode ser objeto de usucapião, porque o art. 26, inc.II, ao incluir entre os bens do Estado as ilhas oceânicas e costeiras, excepciona aquelas que estejam sob o domínio da União, dos Municípios ou de terceiros”.

Colhe-se, em igual sentido, inúmeras outras manifestações jurisprudenciais:

“EMBARGOS INFRINGENTES. USUCAPIÃO. ILHAS COSTEIRAS.

AUSÊNCIA DE REGISTRO IMOBILIÁRIO. POSSE MANSA E PACÍFICA COMPROVADA.

- A ilha de Santa Catarina, na qualidade de ilha costeira, não integra o patrimônio da União, se dentro dos limites do art. 26, II, da atual Carta, ou de forma absoluta, nos termos da Constituição de 1967.

- No caso em tela, a prova dos autos, não elidida pela União, remonta a posse privada da gleba à década de quarenta, de forma contínua, o que autoriza a análise do pedido pela ótica da Constituição de 1967. Para casos de sentença de eficácia declaratória, como o presente, se aplica a lei vigente à época em que satisfeitas as condições para o exercício do direito.

- Na esteira do que entende o Pretório excelso, não deve ser acatada a presunção de que a ausência de registro de domínio particular converteria a terra em bem público. Não se presume a condição de terra devoluta, cabendo a quem alega o ônus da prova o que não logrou cumprir a ora embargante” (EJAC 9704119690/SC - SEGUNDA SEÇÃO - DJU EM 18/05/2002 - RELATOR DESEMBARGADOR FEDERAL EDGARD A LIPPMANN JUNIOR).

“USUCAPIÃO. SENTENÇA DECLARATÓRIA. EFEITO *EX TUNC*.

ILHAS COSTEIRAS. BENS DA UNIÃO. ART-20, II C/C ART-26, IV, CF-88. NÃO INCLUSÃO DAS ILHAS DOS ESTADOS, MUNICÍPIOS E TERCEIROS.

1. Possuindo a sentença declaratória o efeito de retroagir à data em que se formou a relação jurídica, a prescrição vintenária consumou-se em período anterior à promulgação da CF-88, faltando, apenas, a declaração do domínio.
2. Antes de 1988, as ilhas costeiras não integravam o patrimônio da União Federal.
3. Somente após a promulgação da nova Carta Constitucional é que tais bens passaram a ser de domínio da União, ressalvados os pertencentes aos Estados, Municípios e terceiros.
4. Apelação e remessa oficial desprovidas” (AC 199804010646404/SC - TERCEIRA TURMA - DJU EM 23/08/2000 - RELATOR JUIZ FEDERAL SERGIO RENATO TEJADA GARCIA).

Assim, não há como conhecer do recurso especial, eis que a competência desta Corte se restringe à uniformização de legislação infraconstitucional (art. 105, III, da CF), de modo que a apreciação de matéria constitucional em recurso especial significaria usurpar a competência do STF.

Nesse sentido já se manifestou essa Corte em casos semelhantes, senão vejamos:

CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. ILHAS COSTEIRAS. BEM DA UNIÃO. USUCAPIÃO. ACÓRDÃO COM FUNDAMENTOS EMINENTEMENTE CONSTITUCIONAIS. COMPETÊNCIA DO STJ. INTERPRETAÇÃO DA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO (AgRg no REsp 652.738/SC, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 20/11/2007, DJ 29/11/2007 p. 162).

CIVIL. PROCESSO CIVIL. USUCAPIÃO. ILHA COSTEIRA.

[...]

3. A CONTROVÉRSIA GIRA EM TORNO DA CLASSIFICAÇÃO JURÍDICA DAS ILHAS COSTEIRA, SE BENS PÚBLICOS OU NÃO, À LUZ DAS REGRAS CONSTITUCIONAIS ANTERIORES E ATUAIS. A ANÁLISE DOS DISPOSITIVOS, INFRA-CONSTITUCIONAIS ATACADOS NO ESPECIAL DEPENDE, NECESSARIAMENTE, DO DESATE DA QUESTÃO PRINCIPAL DE NATUREZA EMINENTEMENTE CONSTITUCIONAL.

4. ASSENTADA A DECISÃO RECORRIDA SUBSTANCIALMENTE EM FUNDAMENTO DE NATUREZA CONSTITUCIONAL, O RECURSO CABÍVEL É O EXTRAORDINÁRIO E NÃO O ESPECIAL. PRECEDENTE.

5. SOB O COLOR DE AFRONTA À LEGISLAÇÃO INFRA-CONSTITUCIONAL, O QUE PRETENDE A RECORRENTE, EM ÚLTIMA ANÁLISE, É A REAPRECIÇÃO DA MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA EM RELAÇÃO AO ÍMPLEMENTO DO PRESSUPOSTO DE ORDEM TEMPORAL IMPRESCINDÍVEL AO RECONHECIMENTO DO USUCAPIÃO, TUDO ISSO ANTERIORMENTE À VIGÊNCIA DA CARTA POLÍTICA DE 1.988. O RECURSO ESPECIAL – COMO SE SABE - NÃO SE DESTINA AO REEXAME DO QUADRO PROBATÓRIO COLIGIDO NOS AUTOS (SÚMULA N. 07- STJ).

- RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO (RE_{sp} 437.480/SC, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 07/08/2008, DJe 18/08/2008).

PROCESSUAL CIVIL. ILHA DE SANTA CATARINA. PROPRIEDADE. USUCAPIÃO. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL. NÃO CONHECIMENTO.

1. Hipótese em que o Tribunal de Justiça fixou o entendimento de que o imóvel localizado na Ilha de Santa Catarina não é de propriedade da União, sendo passível de usucapião, analisando-se exclusivamente dispositivos das Constituições de 1967 e 1988.

2. Não houve prequestionamento, sequer implícito, a respeito do DL 9.760/46, que, segundo a recorrente, qualificaria a ilha costeira como bem federal.

3. Inviável o conhecimento do Recurso Especial, sob pena de invasão da competência exclusiva do egrégio STF.

4. Recurso Especial de que não se conhece (REsp 724.487/SC, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 20/11/2007, DJe 23/10/2008).

RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO DOS ARTIGOS 267, VI, E 333, I, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. USUCAPIÃO. ILHAS COSTEIRAS. FUNDAMENTAÇÃO EMINENTEMENTE CONSTITUCIONAL DO ACÓRDÃO RECORRIDO.

Quanto à alegada afronta aos artigos 267, VI, e 333, I, do Código de Processo Civil, verifica-se que a Corte de origem não decidiu a questão à luz dos dispositivos de lei federal tidos por violados.

Impõe-se, dessarte, o não conhecimento do recurso especial por ausência de prequestionamento, entendido como o necessário e indispensável exame da questão pelo acórdão recorrido. Incidência das Súmulas ns. 282 e 356 do Supremo Tribunal Federal.

No mérito, do exame acurado dos autos, verifica-se que o v. acórdão recorrido decidiu a questão com base em fundamentação eminentemente constitucional. O instrumento utilizado não comporta esta análise.

É comezinho que a competência do Superior Tribunal de Justiça refere-se à matéria infraconstitucional. A discussão sobre preceitos da Carta Maior cabe à Suprema Corte.

Recurso especial não conhecido (REsp 384.454/SC, Rel. Ministro Franciulli Neto, Segunda Turma, julgado em 04/11/2004, DJ 11/04/2005 p. 216).

Usucapião. Ilha costeira. Fundamentação constitucional. Súmula nº 07 da Corte.

1. Afasta-se a violação dos dispositivos infraconstitucionais, quando evidente a fundamentação do julgado, que alcançou toda a matéria posta a julgamento.

2. Incidente a Súmula nº 07 da Corte diante da necessidade de rever o conjunto probatório para enfrentar a existência dos pressupostos para a usucapião. Ademais, a fundamentação constitucional está ao alcance do extraordinário, sendo impertinente a apreciação nesta Corte.

3. Recurso especial não conhecido (REsp 585.453/SC, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, julgado em 05/08/2004, DJ 20/09/2004 p. 291).

CIVIL E PROCESSUAL. ACÓRDÃO REGIONAL. NULIDADE NÃO CONFIGURADA. USUCAPIÃO. ILHA COSTEIRA. DISCUSSÃO SOBRE A CARACTERIZAÇÃO DE BEM PÚBLICO SOB A ÉGIDE DAS CONSTITUIÇÕES ANTERIOR E A VIGENTE. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. INCOMPETÊNCIA DO STJ.

I. Não padece de nulidade o acórdão regional que enfrenta, fundamentadamente, as questões essenciais ao deslinde da controvérsia, apenas com conclusão desfavorável à parte.

II. Debate sobre a possibilidade jurídica da ação de usucapião e o mérito desta que refoge à interpretação das normas legais ordinárias, porquanto toda a tese principal sustentada no acórdão *a quo* e debatida no recurso especial decorre, essencialmente, da interpretação das normas constitucionais das Cartas Políticas anterior e atual, sobre a classificação das ilhas costeiras como bem público da União.

III. Recurso especial não conhecido (REsp 610.277/SC, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, julgado em 08/06/2004, DJ 16/08/2004 p. 268).

USUCAPIÃO. ILHA COSTEIRA. BEM PÚBLICO. ÔNUS DA PROVA. IMPLEMENTO DO REQUISITO TEMPORAL ANTERIORMENTE À VIGÊNCIA DA CARTA POLÍTICA DE 1988. RECURSO ESPECIAL INADMISSÍVEL.

– O prequestionamento constitui pressuposto específico de admissibilidade do recurso especial.

– Pretensão de reexame do quadro fático-probatório. Descabimento (Súmula nº 7-STJ).

– Assentada a decisão recorrida substancialmente em fundamento de natureza constitucional, o recurso cabível é o extraordinário e não o especial.

Recurso não conhecido (REsp 358.675/SC, Rel. Ministro Barros Monteiro, Quarta Turma, julgado em 02/12/2003, DJ 29/03/2004 p. 245).

Dessarte, inviável o exame do pleito do recorrente, sob pena de se ingressar no exame de matéria cuja competência está afeta à Excelsa Corte, *ex vi* do artigo 102 da Constituição Federal.

Ante o exposto, não conheço do recurso especial.

É como voto.

Recurso Especial n. 1.077.452/SC (2008/0169856-1)

Relator: Ministro Humberto Martins

Recorrente: Maria de Fátima Cordeiro Ramos

Advogados: Mauro Viegas e outro(s)

Recorrida: Maria Rose Henrique

Advogados: Gabriela Bitencourt Martins e outro(s)

Recorrido: Estado de Santa Catarina

Procuradores: Flávia Dreher de Araújo e outro(s)

Interes.: Hospital Regional de São José Homero de Miranda Gomes e outro

EMENTA

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS, MORAIS E ESTÉTICOS – CIRURGIA REPARADORA – REDUÇÃO DE MAMAS – ERRO MÉDICO – PRESCRIÇÃO – PREPOSTO E ESTADO – RELAÇÃO ORGÂNICA.

1. A autora ajuizou ação ordinária de indenização por dano moral, material e estético contra o Estado de Santa Catarina, a Secretaria de Estado da Saúde e a médica, ora recorrente. Em sentença de fls. 111/114, o Juízo de primeiro grau reconheceu a ocorrência da prescrição quinquenal e extinguiu o processo, com julgamento do mérito, nos termos do art. 269, inciso IV, do CPC, apenas em relação ao estado. Quanto à médica, determinou o prosseguimento da ação em uma das varas cíveis daquela comarca.

2. A ora recorrente interpôs apelação a fim de que a prescrição também seja decretada em seu favor, uma vez que a administração é responsável pelos atos de seus agentes. O Tribunal de Justiça do

Estado de Santa Catarina negou provimento ao apelo. No presente recurso especial, cumpre analisar se a prescrição decretada em favor do Estado de Santa Catarina alcança a médica responsável pela cirurgia reparadora, que motivou a ação ordinária.

3. "[...] a *Administração Pública só pode realizar as atividades que lhe são próprias através de agentes ou órgãos vivos (funcionários e servidores), de tal modo que a ação da Administração Pública, como ação do Estado, se traduz em atos de seus funcionários.*" (Yussef Said Cahali, *Responsabilidade Civil do Estado*, 3ª Edição, 2007, pp. 15 - grifei).

4. Se a ação encontra-se prescrita com relação ao estado, não pode prosseguir contra a servidora pública que, embora seja supostamente responsável pelo dano alegado, agiu como preposta do hospital público. A atuação do Estado estava intrinsecamente ligada aos atos praticados pela agente estatal.

Recurso especial conhecido e provido a fim de decretar a prescrição da ação também quanto à recorrente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça "A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)." Os Srs. Ministros Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques, Eliana Calmon e Castro Meira votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 3 de setembro de 2009 (data do julgamento).

Ministro Humberto Martins, Relator

RELATÓRIO

Cuida-se de recurso especial interposto por MARIA DE FÁTIMA CORDEIRO RAMOS, com fundamento no artigo 105, inciso III, alínea "a", da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina que, ao julgar demanda relativa à indenização por danos materiais, morais e estéticos, negou provimento ao recurso de apelação da recorrente.

A ementa do julgado ficou vazada nos seguintes termos:

"ADMINISTRATIVO – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS, MORAIS E ESTÉTICOS – CIRURGIA REPARADORA – REDUÇÃO DE MAMAS – ERRO MÉDICO – PRESCRIÇÃO – COMPETÊNCIA.

1. Dadas as peculiaridades da atividade médica, que trata de proteger o bem jurídico de maior valor ao homem, qual seja, o direito à vida, bem como seus consectários, sujeitam-se os médicos a regras diversas daquelas fixadas para o estabelecimento hospitalar, bem assim para o Poder Público, inclusive quanto à prescrição.

Sendo assim, o reconhecimento da prescrição em favor do Estado não aproveita ao médico que, no exercício de função pública, causou um dano ao seu paciente.

2. Nulo é o decisório que em ação de reparação da danos provoca cisão da lide ao reconhecer a prescrição em favor de uma das partes, remetendo a apreciação do restante das matérias deduzidas a outro juízo que assim seria tido como competente para o julgamento do feito" (fl. 163).

A recorrente alega violação do art. 1º do Decreto n. 20.910/32. Sustenta que *"a mesma atua como preposta do Estado de Santa Catarina e não como médica particular, tanto que todos os procedimentos pré e pós-cirúrgicos, inclusive a cirurgia, se deram pelo sistema SUS e no Hospital Regional pertencente ao Estado, sendo o caso, portanto, de aplicação do art. 1º do Decreto 20.910/32."* (fl. 171).

Aduz que é irrelevante se o agente agiu dentro, fora ou além de sua competência legal, ou seja, tendo o ato sido praticado na qualidade de agente público já é suficiente para a caracterização da responsabilidade objetiva do estado. Assim, tendo em vista que o hospital Regional de São José pertence ao Estado de Santa Catarina e, sendo que a recorrente integra a Administração Pública Estadual, a prescrição reconhecida para o estado deve também lhe ser aplicada.

Apresentadas as contrarrazões às fls. 184/187, sobreveio o juízo de admissibilidade negativo da instância de origem (fl. 194).

Este Relator houve por bem dar provimento ao agravo de instrumento fazendário, para determinar a subida do presente recurso especial.

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do recurso especial (fls. 203/208).

É, no essencial, o relatório.

VOTO

Preliminarmente, o recurso merece conhecimento pela alínea "a" do permissivo constitucional, porquanto a matéria federal foi devidamente prequestionada.

A autora ajuizou ação ordinária de indenização por dano moral, material e estético contra o Estado de Santa Catarina, a Secretaria de Estado da Saúde e a médica, ora recorrente. Em sentença de fls. 111/114, o Juízo de primeiro grau reconheceu a ocorrência da prescrição quinquenal e extinguiu o processo, com julgamento do mérito, nos termos do art. 269, inciso IV, do CPC, apenas em relação ao estado. Quanto à médica, determinou o prosseguimento da ação em uma das varas cíveis daquela comarca.

A ora recorrente interpôs apelação a fim de que a prescrição também seja decretada em seu favor, pois a administração é responsável pelos atos de seus agentes.

O Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina negou provimento ao apelo e, de ofício, anulou a parte final da sentença que determinava nova distribuição dos autos a uma das varas cíveis da mesma comarca.

Entendeu o Tribunal de origem que a prescrição não atinge a recorrente pois "dadas as peculiaridades da atividade médica, que trata de proteger o bem jurídico de maior valor à pessoa humana, qual seja, o direito à vida, bem como *seus conseqüências, sujeitam-se os médicos a regras diversas daquelas fixadas para o estabelecimento hospitalar, bem assim para o Poder Público, inclusive quanto à prescrição.*" (fl. 165).

No presente recurso especial, cumpre analisar se a prescrição decretada em favor do Estado de Santa Catarina alcança a médica responsável pela cirurgia reparadora, que motivou a ação ordinária.

Alega a recorrente ser funcionária pública estadual, aprovada em concurso público desde 1992, e que "atua como preposta do Estado de Santa Catarina e não como médica particular, tanto que, todos os procedimentos pré e pós-cirúrgicos, *inclusive a cirurgia, se deram pelo sistema SUS e no Hospital Regional pertencente ao Estado, sendo o caso, portanto, de aplicação do art. 1º do Decreto 20.910/32.*" (fl. 171).

Assiste razão à recorrente.

De início, interessante a esta análise alguma digressão acerca do conceito de responsabilidade civil do Estado, muito bem elucidado pelo ilustre jurista Yussef Said Cahali:

"No desenvolvimento das funções que lhe são próprias e na realização dos fins colimados, o Estado desdobra-se em organismos e órgãos, estruturando-se segundo uma aparelhagem complexa, sem prescindir, todavia, do elemento humano, da pessoa física, na execução daquelas

tarefas: são seus agentes, seus funcionários, seus servidores, seus prepostos, aos quais delega atribuições ou poderes para agir, de tal modo que os atos por estes praticados representam atos da própria entidade estatal.

Assim, e na lição de O. A. Bandeira de Mello, 'a atividade funcional do Estado, como ser abstrato, realidade acidental, formada de relações de seres substanciais, os seres humanos, se efetiva mediante a ação destes, pessoas físicas, seus agentes, mas no seu nome e por sua conta, como centro de atribuições e operações. A cada um desses agentes corresponde um círculo de atribuições, para ser objeto do exercício de poderes e cumprimento de deveres, que exteriorizam a personalidade do Estado, como ser capaz de direitos e obrigações. Dada a complexidade e amplitude das atribuições do Estado, em razão das suas altas funções, é impossível o exercício delas por um só agente, mas se impõe seja por uma pluralidade deles. A manifestação das vontades de ditos agentes, segundo as respectivas atribuições, forma a vontade unitária da pessoa jurídica, Estado-sociedade, pois são a eles imputadas como sua vontade'.

Portanto, a Administração Pública só pode realizar as atividades que lhe são próprias através de agentes ou órgãos vivos (funcionários e servidores), de tal modo que a ação da Administração Pública, como ação do Estado, se traduz em atos de seus funcionários." (Yussef Said Cahali, *Responsabilidade Civil do Estado*, 3ª Edição, 2007, pp. 15 - grifei).

Logo, o servidor, no exercício de função pública, manifesta a vontade do estado. A relação entre estado e agente público é orgânica, pois não existe atuação do estado sem atuação do agente.

Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello, "*a relação entre a vontade e a ação do Estado e de seus agentes é uma relação de imputação direta dos atos dos agentes ao Estado. Esta é precisamente a peculiaridade da chamada relação orgânica. O que o agente queira, em qualidade funcional – pouco importa se bem ou mal desempenhada –, entende-se que o Estado quis, ainda que haja querido mal. O que o agente nestas condições faça é o que o Estado fez. Nas relações não se considera tão-só se o agente obrou (ou deixou de obrar) de modo conforme ou desconforme com o Direito, culposa ou dolosamente. Considera-se, isto sim, se o Estado agiu (ou deixou de agir) bem ou*

mal." (Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo, 21ª Edição, pp. 962).

Impende considerar, ainda, o disposto no § 6º do art. 37 da Constituição Federal, *in verbis*:

"§ 6º As pessoas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurando o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa."

O Supremo Tribunal Federal concluiu, diante do referido dispositivo legal, que somente as pessoas jurídicas de direito público, ou as pessoas jurídicas de direito privado que prestem serviços públicos, são as que devem responder, objetivamente, pela reparação de danos a terceiros. Essa interpretação confere ao servidor estatal a garantia de somente responder administrativa e civilmente perante o órgão a que é vinculado.

Nesse sentido:

"RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO: § 6º DO ART. 37 DA MAGNA CARTA. ILEGITIMIDADE PASSIVA *AD CAUSAM*. AGENTE PÚBLICO (EX-PREFEITO). PRÁTICA DE ATO PRÓPRIO DA FUNÇÃO. DECRETO DE INTERVENÇÃO.

O § 6º do artigo 37 da Magna Carta autoriza a proposição de que somente as pessoas jurídicas de direito público, ou as pessoas jurídicas de direito privado que prestem serviços públicos, é que poderão responder, objetivamente, pela reparação de danos a terceiros. Isto por ato ou omissão dos respectivos agentes, agindo estes na qualidade de agentes públicos, e não como pessoas comuns. Esse mesmo dispositivo constitucional consagra, ainda, dupla garantia: uma, em favor do particular, possibilitando-lhe ação indenizatória contra a pessoa jurídica de direito público, ou de direito privado que preste serviço público, dado que bem maior, praticamente certa, a possibilidade de pagamento do dano objetivamente sofrido. Outra garantia, no entanto, em prol do servidor estatal, que somente responde administrativa e civilmente perante a pessoa jurídica a cujo quadro funcional se vincular. Recurso extraordinário a que se nega provimento." (RE 327904, Rel. Min.

Carlos Britto, Primeira Turma, julgado em 15.8.2006, DJ 8.9.2006 PP-00043 EMENT VOL-02246-03 PP-00454 RTJ VOL-00200-01 PP-00162 RNDJ v. 8, n. 86, 2007, p. 75-78.).

Diante desse entendimento, conclui-se que o agente público tem a prerrogativa de estar sob o manto de proteção do estado, e somente ao próprio estado responder pelos seus atos funcionais; o que demonstra claramente a relação intrínseca entre o ato praticado pelo servidor estatal e a vontade da administração.

Assim, se a ação encontra-se prescrita com relação ao estado, não pode prosseguir contra a servidora pública que, embora seja supostamente responsável pelo dano alegado, agiu como preposta do hospital público, e somente à administração deve responder. Portanto, se a recorrida não ajuizou a ação antes do prazo quinquenal, dá-se a prescrição tanto com relação ao estado quanto com relação à médica, que exerceu função pública ao realizar a cirurgia pelo Sistema Único de Saúde na qualidade de servidora concursada.

Ante o exposto, conheço do recurso especial e dou-lhe provimento a fim de decretar a prescrição da ação também quanto à recorrente.

É como penso. É como voto.

**TRIBUNAL DE JUSTIÇA
DE SANTA CATARINA**

TRIBUNAL PLENO

AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE

Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2008.055767-5, de Porto União

Relatora: Desa. Maria do Rocio Luz Santa Ritta

MEDIDA CAUTELAR (ART. 10, LEI N°. 12.069/01) EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEIS DO MUNICÍPIO DE MATOS COSTA (N°. 1.521/07 E 1.561/08). (A) PREVISÃO DE QUE AS LEIS MUNICIPAIS SEJAM TIMBRADAS COM O NOME DA AUTORIDADE RESPONSÁVEL PELO RESPECTIVO PROJETO (LEI N°. 1.521/07): VIOLAÇÃO AO POSTULADO DA IMPESSOALIDADE E AO IDEAL REPUBLICADO (ARTS. 1° E 16, *CAPUT*, CE), CARACTERIZANDO MEDIDA PROMOCIONAL AVESSA AO SENTIDO DA PUBLICIDADE DOS ATOS DO PODER PÚBLICO (ARTS. 16, §6°, CE). (B) INFLIÇÃO AO PODER EXECUTIVO DO DEVER DE REMETER AO ÓRGÃO LEGISLATIVO CÓPIA DOS DECRETOS EDITADOS (LEI N° 1.561/08): COLISÃO COM O SISTEMA DA TRIPARTIÇÃO DAS FUNÇÕES ESTATAIS (ART. 32, CE), PROIBITIVO DO RECRUDESCIMENTO NO MODELO CONSTITUCIONAL DE FISCALIZAÇÃO EXTERNA (CONTROLE) E DAS INTERFERÊNCIAS DESARMÔNICAS NA ORGANIZAÇÃO FUNCIONAL DOS DEMAIS PODERES. PRESENÇA DOS PRESSUPOSTOS DA PLAUSIVIDADE JURÍDICA E DO PERIGO DA DEMORA. NORMAS-OBJETO: SUSPENSÃO. CAUTELAR DEFERIDA.

1. Previsão legal determinando que as Leis publicadas no âmbito do Município sejam seladas com o nome da autoridade idealizadora do respectivo projeto (Lei n. 1.521/07, do Município de Matos Costa) viola o princípio constitucional da impessoalidade e o próprio ideal republicano (arts. 1º e 16, *caput*, CE), caracterizando medida promocional avessa ao sentido meramente informativo relativo à publicidade dos atos do Poder Público (16,§6º,CE).

2. A norma que impõe ao Poder Executivo o dever de enviar ao Poder Legislativo cópias dos Decretos editados (Lei n. 1.561/08, do Município de Matos Costa), ao criar obrigação não extraída do modelo constitucional de fiscalização externa e sujeitar a ela o Poder controlado, conflita com o postulado de independência e harmonia entre os Poderes (art. 32, CE), revelando ampliação indevida do controle parlamentar sobre atos executivos (art. 40, XI, CE).

3. Presentes os pressupostos da plausibilidade jurídica e do perigo da demora na prorrogação eficaz de normas inconstitucionais, pertinente é a concessão de medida cautelar para suspender, com força *ex nunc*, a eficácia dos atos normativos (Leis nº. 1.521/2007 e 1.561/2008) atacados na ação direta (arts. 10, *caput*, e 11, §1º, Lei nº. 12.069/01).

4. Medida cautelar, nestes termos, concedida.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2008.055767-5, da Comarca de Porto União (1ª Vara), em que é requerente Darcy Batista Bendlin, Prefeito do Município de Matos Costa, sendo requeridos a Câmara Municipal e o Município de Matos Costa:

ACORDAM, em Tribunal Pleno, por votação unânime, conceder a medida cautelar para suspender, até decisão final, a eficácia da Lei n.º. 1.521/2007 e, por maioria, a da Lei n. 1.561/2008, ambas do Município de Matos Costa. Custas legais.

RELATÓRIO

Na presença desta Corte de Justiça (art. 83, IX, 'f', CE), Darcy Batista Bendlin, na condição de Prefeito do Município de Matos Costa (art. 85, VII, CE), propôs ação direta de inconstitucionalidade (art. 84, CE) objetivando a declaração de incompatibilidade vertical entre as *Leis Municipais n. 1.521/2007 e 1.561/2008* e os seguintes dispositivos da Constituição Estadual: *art. 4º, art. 16, §6º, art. 32, art. 49, §§2º, 3º e 4º, II, art. 50, §2º, VI, art. 52, I, e II e art. 71, IV.*

A primeira das normas impugnadas tem o seguinte teor:

LEI N. 1.521/2007 – De 08 de novembro de 2007.

SÚMULA: Torna obrigatória a identificação do(a) autor(a)(es) das Leis Municipais.

O PREFEITO DO MUNICÍPIO DE MATOS COSTA, Estado de Santa Catarina, faz saber que a Câmara de Vereadores aprovou e ele SANCIONA a seguinte Lei:

Art. 1º - Por ocasião de sua edição ou publicação, as Leis Municipais conterão em seus rodapés o nome do autor(a) ou autores dos respectivos Projetos de Lei.

Art. 2º - As providências a que alude o artigo anterior serão: respectivamente, do Prefeito e do Presidente da Câmara.

Art. 3º - Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

Paço do Contestado, 08 de novembro de 2007.

DARCY BATISTA BENDLIN – Prefeito Municipal.

A segunda norma atacada, por sua vez, foi assim concebida:

LEI N. 1.561/2008 – De 02 de maio de 2008.

SÚMULA: Dispõe sobre a obrigatoriedade de envio à Câmara Municipal de Matos Costa – Santa Catarina – de todos os Decretos Municipais editados pelo Poder Executivo Municipal e dá outras providências.

O PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE VEREADORES DE MATOS COSTA, Estado de Santa Catarina, no uso de suas atribuições legais que lhe são conferidas pela Legislação em vigor, torna público que o Poder Legislativo aprovou e ele PROMULGA a seguinte Lei:

Art. 1º - Fica o Executivo Municipal obrigado a enviar à Câmara de Vereadores do Município de Matos Costa todos os Decretos editados pelo mesmo.

Art. 2º - O envio de cópias dos Decretos editados deverá ocorrer no ato de sua publicação.

Parágrafo único – A obrigatoriedade a que se refere o artigo 1º inclui todos os Decretos editados a partir de 1º de janeiro de 2008.

Art. 3º - Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 4º - Revogadas as disposições em contrário.

Matos Costa, 02 de maio de 2008.

JOÃO MORAES JÚNIOR – Presidente da Câmara.

Lei de Autoria do Vereador Raul Ribas Neto (Lei Municipal n. 1.521/2007).

Consideradas essas disposições, expôs o requerente, como *causa pretendi*, que (a) a primeira norma invecivada (Lei n. 1.521/07), ao prever que as Leis Municipais, quando publicadas, deverão timbrar-se com o nome da autoridade pública responsável pela autoria do respectivo projeto caracteriza ato de indevida promoção pessoal, malferindo os postulados da impessoalidade e moralidade e revelando-se, portanto, avessa à ordem constitucional (art. 16, §6º, CE). Sustentou ainda que (b) o segundo ato normativo atacado (Lei n. 1.561/08), impondo ao Poder Executivo a missão institucional de enviar ao órgão Legislativo cópias dos Decretos

editados, colide com o princípio da harmonia e separação dos Poderes, interferindo no funcionamento e estrutura organizacional do Executivo, aumentando despesa em matéria de competência exclusiva do Prefeito Municipal, exorbitando o mister fiscalizatório da Casa legiferante e desvelando, conseqüentemente, novo quadro de inconstitucionalidade (arts. 32, 49, §§2º, 3º e 4º, II, 50, §2º, VI, 52, I, e II e 71, IV). Nestes termos, postulou o deferimento de medida cautelar para a sustação de eficácia das normas (art. 10, Lei n.º. 12.069/01), com a ulterior procedência do pedido para excomungar do cenário normativo as Leis n.º. 1.521/07 e 1.561/08 do Município de Matos Costa.

A inicial foi recebida, seguindo-se o rito abaixo especificado:

(...) II. Havendo pedido de medida cautelar (art. 10, Lei n. 12.069/01), de rigor proceder-se à oitiva, em 05 (cinco) dias, da Câmara Municipal, dispensando-se, para fins liminares, a manifestação do Procurador-Geral do Município (ou curador especial designado) e do d. Procurador-Geral de Justiça (art. 10, §1º, Lei n. 12.069/01).

III. Após, retornem os autos para apreciação Plenária.

Prestadas breves informações pela Câmara Municipal, vieram os autos para análise, pelo Tribunal Pleno, do pedido de medida cautelar.

VOTO

1. Na jurisdição constitucional, a esfera estadual representa um microssistema de controle da constitucionalidade (cf. Zeno Veloso. Controle Jurisdicional de Constitucionalidade, 3ª ed., Del Rey, p. 342), no centro do qual os Tribunais de Justiça possuem competência para julgar a representação de inconstitucionalidade de leis *estaduais e municipais* (normas-objeto) em face do texto das *Constituições dos Estados* (normas-parâmetro), *excluindo-se do âmbito cognitivo da ação direta quaisquer ten-*

tativas de confrontação frontal com preceptivos da Constituição da República ou das Leis Orgânicas dos Municípios.

Essas notas iniciais têm importante finalidade, porque afixam os lindes cognitivos do mérito da via de controle (cf. TJSC. ADI 2005.005316-1).

2. Nele (mérito), é fácil ver que a primeira norma atacada (Lei n. 1.521/07), ao dispor que as Leis Municipais sejam seladas com o nome do autor do respectivo projeto, viola a Constituição do Estado, pois patrocina a indevida promoção pessoal da autoridade em detrimento do caráter sempre genérico, de índole meramente informativa, educativa e de orientação social, que o regime constitucional atribui à publicidade dos atos, programas, serviços e campanhas dos órgãos e entidades da administração pública (art. 16, §6º, CE). Nominar leis ou atos normativos significa permitir que todos quantos tenham acesso a tais emanções do Poder Público associem-nas à figura da autoridade referenciada, a quem o desempenho da faina (um dever) passaria a funcionar, portanto, como verdadeiro veículo promocional, deturpando o fim da publicidade.

A previsão surge conflitante, ainda, com o postulado constitucional da impessoalidade (art. 16, *caput*, CE), na medida em que desvirtua a máxima de que os atos do Poder Público devem ser tidos como se dele (Poder Público) abstratamente emanassem, desligados da autoridade criadora. O agente criador, na verdade, encarna o Poder Público. E o próprio ideal republicano (art. 1º, CE), projetado na temporariedade dos mandatos, não se compraz com a semi-estabilização do nome de titulares de mandatos eletivos, exercentes de funções provisórias, em leis vocacionadas a vigor indefinidamente.

Nesse sentido é a lição da doutrina:

Segundo José Afonso da Silva (2003:647), baseado na lição de Gordillo, os 'atos e provimentos administrativos são imputáveis não ao

funcionário que os pratica, mas ao órgão ou entidade administrativa da Administração Pública, de sorte que ele é o autor institucional do ato. Ele é apenas o órgão que manifesta formalmente a vontade estatal'. Acrescenta o autor que, em consequência, 'as realizações governamentais não são do funcionário ou autoridade, mas da entidade pública em nome de quem as produzira. A própria Constituição dá uma consequência expressa a essa regra, quando, no §1º do art. 37, proíbe que conste nome, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos em publicidade de atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos' (Maria Sylvia Zanella Di Pietro. Direito Administrativo. 19ª ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 85).

A mesma compreensão consta de precedente do TJRS:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI MUNICIPAL N. 4.193/2007. MUNICÍPIO DE MARAU. INSCRIÇÃO DO NOME DOS AUTORES DOS PROJETOS DE LEIS NA LEI PROMULGADA. VIOLAÇÃO ÀS NORMAS DA IMPESSOALIDADE E PUBLICIDADE.

A Lei Municipal que obriga a veiculação do nome dos edis responsáveis pelo projeto de lei aprovado, no texto da lei aprovada, viola as normas da publicidade e da impessoalidade (art. 19, *caput*, e §1º da Constituição Estadual, além do art. 37 da Constituição da República).

As funções públicas – de natureza transitória e finalisticamente determinadas pela Constituição – não se destinam à promoção pessoal dos eventuais ocupantes de cargos públicos.

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE JULGADA PROCEDENTE.

A inconstitucionalidade, portanto, é palmar.

3. A segunda lei situada em *alça de mira* (Lei nº. 1.561/08), impondo ao Executivo a missão institucional de enviar ao Legislativo cópias dos Decretos editados, também parece colidir com o sistema jurídico da tripartição dos Poderes (art. 32, CE), proibitivo de mútuas interferências

desarmônicas e do recrudescimento, por dado Poder, do modelo constitucional de controle externo.

A função legislativa compreende, é certo, a fiscalização orçamentária, financeira, operacional e patrimonial da função executiva (art. 40, XI, CE), representando hipótese típica de intervenção de um Poder em outro (*checks and balances*), de controle político-administrativo *plenamente compatível com o Estado Democrático de Direito* (cf. STF. ADI-MC n. 775/RS, Min. Celso de Mello). Tratando-se, todavia, de sensível cláusula de interferência do Parlamento no Executivo, de uma mitigação ao dogma da separação dos Poderes, o controle externo deve realizar-se estritamente *dentro do modelo constitucionalmente positivado*, sublevado à condição de normativa central da Constituição (cf. STF. ADI n. 98, Min. Sepúlveda Pertence), vedando-se aos demais entes federados criar novas formas de intervenção de um Poder no círculo de atribuições de outros, ampliando prerrogativas ou impondo sujeições.

Precedente do STF é dos mais eloqüentes nesse sentido:

Ação direta de inconstitucionalidade - CF, art. 102, I, a (...) Separação e independência dos Poderes: pesos e contrapesos: imperatividade, no ponto, do modelo federal. 1. Sem embargo de diversidade de modelos concretos, o princípio da divisão dos poderes, no Estado de Direito, tem sido sempre concebido como instrumento da recíproca limitação deles em favor das liberdades clássicas: daí constituir em traço marcante de todas as suas formulações positivas os "pesos e contrapesos" adotados. 2. A fiscalização legislativa da ação administrativa do Poder Executivo é um dos contrapesos da Constituição Federal à separação e independência dos Poderes: cuida-se, porém, de interferência que só a Constituição da República pode legitimar. 3. **Do relevo primacial dos "pesos e contrapesos" no paradigma de divisão dos poderes, segue-se que à norma infraconstitucional - aí incluída, em relação à Federal, a constituição dos Estados-membros -, não é dado criar novas interferências de um Poder na órbita de outro que não derive explícita ou implicitamente de regra ou princípio da Lei Fundamental da República...** (STF. ADI n. 3.046-9/SP, Min. Sepúlveda Pertence).

No caso, essa indevida ampliação, penso, se concretiza.

O controle a ser realizado pela Câmara Municipal sobre os Decretos editados pelo Chefe do Executivo se viabiliza com a só a publicação do ato pelos meios legais, satisfazendo a transparência necessária ao exercício do mister fiscalizatório. Compete à Câmara organizar-se em ordem a monitorar esses meios legais de publicação, e, constatando Decretos que transcendam o poder regulamentador (art. 40, VI, CE), sustá-los, assumindo as providências cabíveis nos demais casos. Não há no sistema constitucional, porém, disposição expressa ou implícita que autorize o órgão legislativo, em seu próprio interesse, a impor à Prefeitura Municipal a obrigação *contínua e abstrata* de organizar e prestar-lhe os *serviços* nesse sentido, transferindo comodamente mecanismos de *controle parlamentar externo* à órbita do próprio poder controlado e aproximando-o, paradoxalmente nesse aspecto, do *controle interno*. Norma com esse alcance, além de subversiva e indevidamente ampliadora da função fiscalizadora, viola o modelo positivado, que, ressalvadas as exceções constitucionais, vê no Poder Executivo entidade autônoma, manumitindo-o da injunção dos demais Poderes e dando-lhe a iniciativa exclusiva de direcionar, ele mesmo, seu funcionamento - a estruturação organizacional de seus *serviços* ou funções (arts. 32, *caput*, CE).

Daí a inconstitucionalidade.

Elucidativa é a seguinte passagem da doutrina:

Não é, por outro lado, permitido à Câmara Municipal, poder detentor de função fundamental na fiscalização orçamentária, financeira, operacional e patrimonial do Município, ficar instituindo, aqui e alhures, mecanismos de controle outros que não os previstos na Constituição Federal, reproduzidos na Estadual e inseridos na Lei Orgânica. Quer dizer: o que não se admite, e se repele, enfaticamente, porque o regime constitucional não elenca a hipótese, são os gestos e iniciativas da Câmara Municipal, com feição e perfil de permanente devassa, no Executivo, operada pelo Legislativo. Tanto

o princípio da independência dos Poderes, quanto a sistemática do controle externo, com a participação obrigatória do Tribunal de Contas ou Conselho de Contas Municipais, estão ambos a indicar a impossibilidade de se proceder à devassa no Executivo.

É que a relação intergovernamental dos Poderes já se encontra delimitada e assegurada na ordem constitucional, nesse plano (arts. 2º, 31, §1º, CF, reproduzidos nas Cartas dos Estados e Leis Orgânicas), motivo por que a liberdade para se dispor dos mecanismos de fiscalização contábil, financeira, operacional e patrimonial encontra limites na moldura constitucional e infraconstitucional (Lei n. 4.320/64) específica.

Não há como se ter, por lei municipal, atribuição à Câmara de um controle prévio (o controle interno possui o Executivo, art. 31, parte final, CF) ao controle externo, com mecanismos e instrumentos tendentes não a tornar transparente a ação administrativa, mas a exigir, na verdade, do Executivo Municipal que se submeta a outras fórmulas de fiscalização e de prestação de contas não contempladas na Constituição da República (José Nilo de Castro. Direito Municipal Positivo. Del Rey, 1999, p. 131).

Cabe referir, por fim, que a imposição constante da lei combatida não se confunde, entre outras, com a prerrogativa constitucional das Casas Legislativas no sentido de solicitar a autoridades do Poder Executivo, sob pena de crime de responsabilidade, *informações sobre assuntos previamente determinados* (art. 41, *caput* e §§º, CE e cf. STF. ADI n. 1001/RS, Min. Carlos Velloso). Integrando os contornos constitucionais da função fiscalizatória, tal prerrogativa distingue-se da atacada e não serve para legitimá-la sequer por analogia, porque se limita a autorizar a requisição de esclarecimentos sobre *assuntos específicos e previamente determinados*, não implicando, como no caso, a imposição de um dever *genérico e contínuo* (de um típico serviço) de, já *a priori*, remeter ao Parlamento documentos relativos a atos cuja edição *é futura*.

4. Havendo plausividade jurídica e situando-se o perigo da demora (cf. TJSC. ADINs n. 2005.005316-1 e 2005.005756-1) na prorrogação

da eficácia de normas inconstitucionais, voto, invocando ainda o critério da conveniência (cf. STF. ADIs n. 568-5/AM e 1.182/DF), pela concessão da medida cautelar para suspender a eficácia das normas-objeto (Leis 1.521/07 e 1.561/08).

DECISÃO

Por unanimidade, o Tribunal Pleno concede a medida cautelar para suspender, até decisão final, a eficácia da Lei nº. 1.521/2007 e, por maioria, a da Lei n. 1.561/2008, ambas do Município de Matos Costa, vencido o Exmo. Sr. Des. Newton Janke que denegava a medida cautelar quanto à Lei n. 1.561/2008.

O julgamento, realizado no dia 1º de julho de 2009, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. João Eduardo Souza Varella, com voto, e dele participaram os Exmos. Srs. Des. Edson Ubaldo, Jaime Ramos, Alexandre d'Ivanenko, Newton Janke, Moacyr de Moraes Lima Filho, Marli Mosimann Vargas, Sérgio Izidoro Heil, João Henrique Blasi, Jorge Luiz de Borba, Cláudio Valdyr Helfenstein, Carlos Prudêncio, Gaspar Rubik, Trindade dos Santos, Cláudio Barreto Dutra, Newton Trisotto, Solon d'Eça Neves, Volnei Carlin, Irineu João da Silva, Luiz César Medeiros, Vanderlei Romer, Eládio Torret Rocha, Wilson Augusto do Nascimento, Nelson Schaefer Martins, José Volpato de Souza, Monteiro Rocha, Fernando Carioni, Torres Marques, Luiz Carlos Freyesleben, Rui Fortes, Marco Aurélio Gastaldi Buzzi, Marcus Tulio Sartorato, Salete Silva Sommariva, Ricardo Fontes e Salim Schead dos Santos.

Florianópolis, 6 de julho de 2009.

Maria do Rocio Luz Santa Ritta

RELATORA

Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2002.006442-0, da Capital

Relator: Des. Cláudio Valdyr Helfenstein

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI ESTADUAL N. 10.824, DE 17 DE JULHO DE 1998, INSTITUIDORA DO PROGRAMA ESTADUAL DE RENOVAÇÃO ACELERADA DA FROTA DE ÔNIBUS DE TRANSPORTE RODOVIÁRIO INTERMUNICIPAL DE PASSAGEIROS (PROFROTA), ADMINISTRADO PELO DEPARTAMENTO DE TRANSPORTES E TERMINAIS (DETER), AUTARQUIA VINCULADA À SECRETARIA DE ESTADO DOS TRANSPORTES E OBRAS - ART. 4º, PARÁGRAFO ÚNICO - PRORROGAÇÃO DOS CONTRATOS SEM PRÉVIA LICITAÇÃO - OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA LIVRE INICIATIVA, LIVRE CONCORRÊNCIA E LICITAÇÃO – ARTS. 135, § 4º, 137, § 1º, DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL, E, AINDA, ART. 30 DOS ATOS DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS.

PROCEDÊNCIA DO PEDIDO – DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE E SUSPENSÃO DA EFICÁCIA DA NORMA IMPUGNADA.

A Lei Estadual n. 10.824/98, que Instituiu o Programa Estadual de Renovação Acelerada de Frota de Ônibus de Transporte Rodoviário Intermunicipal de Passageiros - PROFROTA e estabelece outras providências, determinando a prorrogação dos contratos de concessões sem prévia licitação, afrontou verticalmente e materialmente os arts. 135, § 4º, 137, § 1º, e, ainda, art. 30 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias, todos da Carta Estadual, em face do desrespeito aos princípios constitucionais da livre iniciativa, livre concorrência e licitação, estes garantidores da moralidade pública e de tratamento isonômico entre eventuais contratantes.

Deve ser extirpada do ordenamento jurídico estadual catarinense lei infra-constitucional incompatível materialmente com os princípios constitucionais da livre iniciativa, concorrência e licitação, estes essenciais à manutenção do Estado Democrático de Direito, os quais fazem parte dos fundamentos da economia brasileira e catarinense, importantes à preservação da justiça social.

Segundo o Guardião da Constituição: Não há respaldo constitucional que justifique a prorrogação desses atos administrativos além do prazo razoável para a realização dos devidos procedimentos licitatórios. Segurança jurídica não pode ser confundida com conservação do ilícito. (STF, n. ADI 3521/PR, da lavra do Relator Min. EROS GRAU, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, j. em 28.09.2006)

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2002.006442-0, da comarca da Capital (Tribunal de Justiça), em que são requerentes Procurador-Geral de Justiça do Estado de Santa Catarina e Coordenador-Geral do Centro de Apoio Operacional do Controle de Constitucionalidade e requerido Governador do Estado de Santa Catarina, Presidente da Assembléia Legislativa do Estado de Santa Catarina e Procurador-Geral do Estado de Santa Catarina:

ACORDAM, em Tribunal Pleno, por votação unânime, rejeitar as preliminares e, no mérito, julgar procedente o pedido para declarar a inconstitucionalidade da Lei Estadual n. 10.824, de 17 de julho de 1998. Custas na forma da lei.

RELATÓRIO

O Procurador-Geral de Justiça do Estado de Santa Catarina e o Coordenador-Geral do Centro de Apoio Operacional do Controle de Constitucionalidade, no uso das atribuições previstas no art. 85, inciso III, da Constituição do Estado de Santa Catarina, deflagraram a presente ação direta com o desiderato de obter a declaração de inconstitucionalidade da Lei Estadual n. 10.824, de 17 de julho de 1998 (Institui o Programa Estadual de Renovação Acelerada de Frota de Ônibus de Transporte Rodoviário Intermunicipal de Passageiros - PROFROTA e estabelece outras providências), em razão da afronta aos arts. 135, § 4º, 137, § 1º, e, ainda, art. 30 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias, todos da Carta Estadual, em face do desrespeito aos princípios constitucionais da livre iniciativa, livre concorrência e licitação.

Requereram: 1) a suspensão liminar dos efeitos do dispositivo legal objurgado até o julgamento final desta ação (art. 10 da Lei n. 12.069/2001; 2) a citação do Procurador-Geral do Estado (art. 85, § 4º, da CESC); 3) a notificação do Governador do Estado de Santa Catarina e do Presidente da Assembléia Legislativa do Estado, dos quais emanou o ato impugnado, para prestarem informações (art. 6º da Lei n. 12.069/2001); 4) a audiência do Ministério Público na condição de *custos legis*; 5) a procedência da presente ação, com a declaração de inconstitucionalidade da Lei Estadual n. 10.824/98, em face dos artigos 135, §4º, 137, §1º, e, ainda, art. 30 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias, todos da Carta Estadual.

A medida liminar foi indeferida, pois muito embora estivesse presente o *fumus boni juris*, à época da análise do pedido de suspensão liminar da eficácia da Lei atacada, o *periculum in mora* não mais se fazia presente, pois a lei atacada passou a vigorar em 17 de julho de 1998, sendo a ação ajuizada em 2002 (fls. 719/720).

O Presidente da Assembléia Legislativa sustentou que, caso tivesse ocorrido a concessão ou permissão, sem respeito à livre iniciativa e concorrência, e sem licitação competente, assistiria razão ao representante do Ministério Público, mas não é esta a hipótese dos autos, pois a lei atacada somente disciplinou casos de prorrogação. Alegou que a norma legal atacada alberga de forma cristalina as regras constitucionais, razão pela qual a presente ação não merece proceder (fls. 728/744).

O Governador do Estado informou que, no Estado de Santa Catarina, a Lei n. 5.684, de 9 de maio de 1980, que continua em vigor, regulando o serviço público de transporte rodoviário intermunicipal de passageiros, já previa a realização de certame para a delegação, a terceiros, logo, a prorrogação permitida na lei, objeto desta ação direta, se refere a contratos que foram precedidos por processo licitatório. Alega que a lei atacada apenas criou critérios para que a prorrogação pudesse ser realizada, sendo hígida em face da Constituição Estadual. Anotou, ainda, a impossibilidade de, em sede de controle concentrado, suscitar desrespeito à normas infraconstitucionais, como fez o autor quando afirmou a violação a dispositivos da Lei Federal n. 8.987/95, sendo que a violação à constituição deve apresentar-se de forma direta e não transversa. Requereu a improcedência da presente ação direta de inconstitucionalidade (fls. 745/748).

O Sindicato das Empresas de Transporte de Passageiros no Estado de Santa Catarina requeu sua admissão no pólo passivo desta ação, tendo em vista serem optantes pelo PROFROTA (fl. 757). O pedido foi deferido, nos termos do parágrafo único do art. 7º da Lei Estadual n. 12.069/2001, sendo, excepcionalmente, admitido o sindicato na presente ação.

Manifestou-se o sindicato interessado sustentando, em síntese, as mesmas teses arguidas pelos requeridos acrescentando, ainda, que a Lei n. 10.824/98, ao estabelecer critérios para a prorrogação, a critério do poder concedente, de contratos de concessão celebrados com fundamento na Lei

n. 5.684/80, que disciplina o Sistema Estadual de Transporte Intermunicipal de Passageiros, é lei de efeitos concretos, sem conteúdo normativo. Aduz, também, que a lei atacada nesta ação possui objeto determinado qual seja: Institui o Programa Estadual de Renovação Acelerada de Frota de Ônibus de Transporte Rodoviário Intermunicipal de Passageiros - PRO-FROTA e estabelece outras providências. Desta forma, falta à lei impugnada a normatividade, generalidade abstrata e impessoalidade, definidas no art. 102, I, "a", da Constituição Federal de 1988, para que se sujeite ao controle jurisdicional. Sustentou, ainda, o sindicato interveniente que a cláusula de parâmetro subordinante (art. 30 da ADCT), acarreta a prejudicialidade da ação direta, assim, ausentes a eficácia e a aplicabilidade integral do dispositivo supostamente violado, não merece prosperar a ação neste particular, conforme já decidiu o STF em causa semelhante (fls. 792/808).

O Procurador-Geral da Assembléia Legislativa do Estado de Santa Catarina apresentou manifestação nos autos, afirmando que adota, integralmente, a título de defesa da lei impugnada, as informações prestadas pelo Presidente da Assembléia, nas quais está demonstrada a higidez dos preceptivos em suspeição, na medida em que foram observadas as regras constitucionais. Requereu a improcedência da lei impugnada, mantendo-se seus efeitos (fl. 810).

O representante do Ministério Público, na condição de *custos legis*, apresentou parecer, destacando que a norma atacada padece de vício insanável, sendo que a resistência, em si, em atender à inafastabilidade de licitação para a prorrogação das concessões em comento, demonstra verdadeira falta de civilidade dos particulares interessados na improcedência do pedido.

Anotou que a licitação não existe apenas para que os particulares sejam agraciados com polpidos e extensos contratos de concessão, mas é instrumento que tem por finalidade selecionar a proposta mais vantajosa

para a Administração dentre as diversas que surgirem após o lançamento do edital.

O representante do *parquet* salientou, ainda, que o sindicato interveniente pretende ver a lei obliterada alçada à condição de norma vazia de conteúdo, mero ato administrativo, pretendendo retirar sua *ratio juris*, procurando apagar seus efeitos danosos que profligam os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência, o que consiste em verdadeiro ardil preparado por aqueles que pretendem manter eternamente em seu poder essa verdadeira salvaguarda comercial frente aos seus concorrentes.

Acrescentou que essas empresas particulares temem a livre concorrência porque seriam compelidas a dispender recursos para a atualização de suas frotas, senão também seriam forçadas a investir pesado em inovação tecnológica e treinamento de pessoal se quisessem continuar a fazer frente aos inúmeros concorrentes com que disputariam o procedimento licitatório.

Finalizou opinando pela declaração de inconstitucionalidade da Lei n. 10.824/98, por ofensa aos artigos 135, § 4º, 137, § 1º, ambos da CESC e art. 30 do ADCT (fls. 817/823).

Vieram os autos conclusos.

É o relatório.

VOTO

A presente ação direta de inconstitucionalidade deve ser julgada procedente, em razão de sua incompatibilidade vertical com a Constituição do Estado de Santa Catarina.

Sabe-se que os três tipos de controle de constitucionalidade (político, jurisdicional e misto), são utilizados para defender a supremacia constitucional contra as inconstitucionalidades, sendo que o controle de

constitucionalidade das leis pode ser difuso ou concentrado. Nos sistemas de controle concentrado admite-se aquele que ocorre por iniciativa do juiz (*Richterklage*), no direito alemão, ou o que se dá por iniciativa popular (*Popularklage*), ação popular) (Germán José Bidart Campos. *El Derecho constitucional del poder*. v. II, p. 321 e ss., citado por José Afonso da Silva, *in* *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 25^a. ed. Malheiros: São Paulo. 2005, p. 794-795).

Acrescente-se que este *judicial review*, como é denominado nos Estados Unidos da América do Norte, serve para declarar a inconstitucionalidade de lei ou outros atos do Poder Público que contrariem formal ou materialmente preceitos e/ou princípios constitucionais.

Esta ação constitucional visa à extirpação do mundo jurídico da norma acima citada por ofensa aos princípios constitucionais explícitos na Carta Estadual Catarinense de 1989: 1) da livre iniciativa e livre concorrência, como meios de obstacularizar o abuso econômico (art. 135, § 4º da CESC); 2) da licitação como defesa da livre iniciativa e da livre concorrência (arts. 137, § 1º, e art. 30 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias, da CESC).

Veja-se, a seguir, o teor da norma legal ora impugnada neste controle concentrado:

Institui o Programa Estadual de Renovação Acelerada de Frota de Ônibus de Transporte Rodoviário Intermunicipal de Passageiros - PROFROTA e estabelece outras providências.

O GOVERNADOR DO ESTADO DE SANTA CATARINA,

Faço saber a todos os habitantes deste Estado que a Assembléia Legislativa decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º Fica instituído o Programa Estadual de Renovação Acelerada de Frota de Ônibus de Transporte Rodoviário Intermunicipal de Passageiros - PROFROTA, a ser administrado pelo Departamento

de Transportes e Terminais - DETER, autarquia vinculada à Secretaria de Estado dos Transportes e Obras.

Art. 2º O PROFROTA objetiva garantir e assegurar a qualidade e melhoria dos serviços concedidos através da adequação da idade média da frota de veículos do sistema de transporte rodoviário intermunicipal de passageiros ao limite de cinco anos, segundo requisitos, critérios, forma e condições estabelecidos na regulamentação.

Art. 3º As transportadoras poderão aderir ao PROFROTA através de requerimento a ser entregue ao Departamento de Transportes e Terminais - DETER no prazo de até seis meses da regulamentação desta Lei e, no mínimo, acompanhado do plano de renovação de frota e instruído com a seguinte documentação:

I - certidão de regularidade fiscal, nos termos do artigo 29, da Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993;

II - certidão negativa de débito de qualquer natureza com o Departamento de Transportes e Terminais - DETER.

Parágrafo único. O pedido de adesão será analisado pelo Departamento de Transportes e Terminais - DETER que, após a emissão de parecer técnico, o encaminhará ao Conselho Estadual de Transporte de Passageiros - CTP para deliberação.

Art. 4º Deferido o pedido de adesão pelo Conselho Estadual de Transporte de Passageiros - CTP, todos os contratos de concessão de serviço de transporte rodoviário intermunicipal de passageiros da requerente serão prorrogados pelo prazo de que trata o art. 5º da Lei nº 5.684, de 09 de maio de 1980.

Parágrafo único. Caberá ao Departamento de Transportes e Terminais - DETER firmar os aditivos contratuais de prorrogação das concessões a partir da data dos respectivos vencimentos, com cláusula específica de nulidade pelo não cumprimento do plano de renovação de frota aprovado.

Art. 5º Os direitos emergentes das concessões do serviço de transporte rodoviário intermunicipal de passageiros poderão ser objeto de garantia dos financiamentos do PROFROTA, na forma do que dispõe o art. 28 da Lei Federal nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995.

Art. 6º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 7º Revogam-se as disposições em contrário.

Florianópolis, 17 de julho de 1998

PAULO AFONSO EVANGELISTA VIEIRA

Governador do Estado

A Lei atacada nesta via de controle concentrado de norma instituiu o Programa de Renovação Acelerada de Frota de Ônibus do Transporte Rodoviário Intermunicipal de Passageiros (PROFROTA), sendo que aglutinou três questões básicas: 1) objetiva garantir e assegurar a qualidade e melhoria dos serviços concedidos através da adequação da idade média da frota de veículos do sistema de transporte rodoviário intermunicipal de passageiros ao limite de cinco anos, segundo requisitos, critérios, forma e condições estabelecidos na regulamentação; 2) estabeleceu que caberá ao Departamento de Transportes e Terminais - DETER firmar os aditivos contratuais de prorrogação das concessões a partir da data dos respectivos vencimentos, com cláusula específica de nulidade pelo não cumprimento do plano de renovação de frota aprovado; 3) deferido o pedido de adesão pelo Conselho Estadual de Transporte de Passageiros - CTP, todos os contratos de concessão de serviço de transporte rodoviário intermunicipal de passageiros da requerente serão prorrogados pelo prazo de que trata o art. 5º da Lei nº 5.684, de 09 de maio de 1980.

Impõe-se salientar, inicialmente, que deve ser rechaçada a preliminar de impossibilidade de ação direta, haja vista ter a norma atacada cunho concreto, e, não, genérico.

O sindicato interessado sustentou a tese de que a Lei n. 10.824/98, ao estabelecer critérios para a prorrogação, por parte do poder concedente, de contratos de concessão celebrados com fundamento na Lei n. 5.684/80, que disciplina o Sistema Estadual de Transporte Intermunicipal de Passageiros, é lei de efeitos concretos, sem conteúdo normativo. Acrescentou

que a lei atacada nesta ação possui objeto determinado, qual seja: Institui o Programa Estadual de Renovação Acelerada de Frota de Ônibus de Transporte Rodoviário Intermunicipal de Passageiros - PROFROTA e estabelece outras providências. Desta forma, faltaria, à lei impugnada, a normatividade, generalidade abstrata e impessoalidade, definidas no art. 102, I, "a", da Constituição Federal de 1988, para que se sujeite ao controle jurisdicional

Sabe-se que a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal foi introduzida no art. 102 da Constituição Federal de 1988 pela emenda constitucional n. 3/93

A teor do dispositivo constitucional citado, o objeto da ação é a averiguação da constitucionalidade da lei ou de ato normativo federal, sendo que, neste caso, o controle é concentrado e em abstrato, ou seja, deve ser examinada a norma de caráter abstrato e genérico, não sendo meio adequado para verificação de norma de conteúdo concreto.

Nesse sentido, cite-se o doutrinador Pedro Lenza, *in verbis*: “O que se busca através de ADIn genérica é o controle de Constitucionalidade de ato normativo em tese, abstrato, marcado pela generalidade, impessoalidade e abstração.” (*in* Direito constitucional esquematizado. 8ª ed. São Paulo: Editora Método, 2005).

De acordo com Alexandre de Moraes, os "atos estatais de efeitos concretos não se submetem, em sede de controle concentrado, à jurisdição constitucional abstrata, por ausência de densidade normativa no conteúdo de seu preceito." (*in* Direito constitucional. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 580).

A respeito, anotam Sidney Guerra e Gustavo Merçon:

'No que tange à Ação Direta de Inconstitucionalidade, Regina Ferrari assevera que 'a finalidade da ação direta de inconstitucionalidade não é a defesa de um direito subjetivo, ou seja, de um

interesse juridicamente protegido lesado ou na iminência de sê-lo. Ao contrário, a ação direta de inconstitucionalidade presta-se para a defesa da Constituição. A coerência da ordem constitucional, e não a defesa de situações subjetivas, consubstancia a finalidade da apontada ação. Por isso consiste em instrumento de fiscalização abstrata de normas, inaugurando 'processo objetivo' de defesa da Constituição." (Direito constitucional aplicado à função legislativa, América Jurídica, 2002, p. 316)

Ainda sobre o tema:

'A ação direta de inconstitucionalidade é o modo pelo qual se pede ao Poder Judiciário o controle das normas jurídicas em abstrato, não se prestando ao controle de atos administrativos, que têm objeto determinado e destinatários certos, ainda que sob a forma de lei - as leis meramente formais -, porque seu conteúdo não encerra norma que disciplina relação jurídica em abstrato.' (PALU, Osvaldo Luiz. Controle de Constitucionalidade, RT, 2001, 2ª ed., p. 206).

A propósito, com base no entendimento jurisprudencial do colendo Supremo Tribunal Federal, o insigne Hely Lopes Meirelles anotou:

"A jurisprudência do STF tem considerado inadmissível a propositura de ação direta de inconstitucionalidade contra atos de efeitos concretos. Assim, tem-se afirmado que ação direta é o meio pelo qual se procede ao controle de constitucionalidade das normas jurídicas in abstracto, não se prestando ela 'ao controle de atos administrativos que têm objeto determinado e destinatários certos, ainda que esse atos sejam editados sob a forma de lei - as leis meramente formais, porque têm forma de lei, mas seu conteúdo não encerra normas que disciplinam relações em abstrato'. Na mesma linha de orientação, afirma-se que 'atos estatais de efeitos concretos, ainda que veiculados em texto de lei formal, não se expõem, em sede de ação direta, a jurisdição constitucional abstrata do Supremo Tribunal Federal', porquanto 'a ausência de densidade normativa no conteúdo do preceito normativo desqualifica-o - enquanto objeto juridicamente inidôneo - para o controle normativo abstrato'. Em outro julgado afirmou-se que a disposição constante da lei orçamentária que fixava determinada dotação configuraria ato de efeito concreto, insuscetível de controle jurisdicional de constitucionalidade por via de ação ('Os atos estatais de efeito concretos - porque despoja-

dos de qualquer coeficiente de normatividade ou de generalidade abstrata - não são passíveis de fiscalização, em tese, quanto à sua legitimação constitucional'." (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. 25.ed., São Paulo: Malheiros, 2003, p. 335/336).

O representante do Ministério Público, em seu parecer de fl. 822, destacou [...] que o sindicato interveniente, por sua vez, pretende ver a lei obliterada alçada à condição de norma vazia de conteúdo, mero ato administrativo. Pretende retirar da norma sua *ratio juris*, procurando apagar seus efeitos danosos que profligam os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência. Contudo, essa manobra não é mais que astuto ardil preparado por aqueles que pretendem manter eternamente em seu poder essa verdadeira salvaguarda comercial frente aos seus concorrentes. Essas empresas particulares, em verdade, temem a livre concorrência porque seriam não só compelidas a despender recursos para a atualização de suas frotas, senão também seriam forçadas a investir pesado em inovação tecnológica e treinamento de pessoal se quisessem fazer frente aos inúmeros concorrentes com que disputariam o procedimento licitatório[...].

Pela leitura dos autos, vê-se que esta ação visa a defesa da Constituição, sendo que a lei ora impugnada possui densidade normativa no conteúdo de seu preceito, na medida em que estabeleceu que: caberá ao Departamento de Transportes e Terminais - DETER firmar os aditivos contratuais de prorrogação das concessões a partir da data dos respectivos vencimentos, com cláusula específica de nulidade pelo não cumprimento do plano de renovação de frota aprovado; e, ainda, que, deferido o pedido de adesão pelo Conselho Estadual de Transporte de Passageiros - CTP, todos os contratos de concessão de serviço de transporte rodoviário intermunicipal de passageiros da requerente serão prorrogados pelo prazo de que trata o art. 5º da Lei nº 5.684, de 09 de maio de 1980.

A densidade normativa está no fato de a norma atacada estabelecer que, as prorrogações das concessões, dar-se-á da data dos respectivos vencimentos, e, ainda, ao determinar que, deferido o pedido de adesão pelo Conselho Estadual de Transporte de Passageiros, todos os contratos de concessão de serviço público de transporte rodoviário intermunicipal de passageiros serão prorrogados por prazo descrito em outra lei.

Desta forma, deve ser rejeitada esta preliminar, pois, tendo a norma caráter genérico e densidade normativa, deve ser admitida a presente ação direta.

A respeito cite-se trecho de acórdão da lavra do eminente Des. Francisco Oliveira Filho, na ADIn n. 2002.020438-8:

Igualmente, por maioria, foi afastada a extinção do processo, consoante também se apura na Certidão de Julgamento. Não desconhece o relator designado que embora o Excelso Pretório ressalte que “A jurisprudência desta Corte firmou o entendimento de que só é admissível ação direta de inconstitucionalidade contra ato dotado de abstração, generalidade e impessoalidade” (Informativo STF 183), admite exceções, sendo exemplo lei que cria Município, oportunidade em que destacou: “Ainda que não seja em si mesma uma norma jurídica, mas ato com forma de lei, que outorga status municipal a uma comunidade territorial, a criação de Município, pela generalidade dos efeitos que irradia, é um dado inovador, com força prospectiva, do complexo normativo em que se insere a nova unidade política: por isso a validade da lei criadora, em face da Lei Fundamental, pode ser questionada por ação direta de inconstitucionalidade” (ADI n. 733-MG, in RTJ 158/35). Logo, afirma o relator designado que a espécie não cuida da tutela de interesse concreto, diante da multiplicidade de reflexos que proporciona a Lei Municipal n. 5.824, de 27 de dezembro de 2001.

Deve, ainda, ser afastada a alegação de impossibilidade de, em sede de controle concentrado, suscitar desrespeito à normas infra-constitucionais, como fez o autor quando afirmou a violação a dispositivos da Lei Federal

n. 8.987/95, sendo que a violação à constituição deve apresentar-se de forma direta e não transversa.

Referida tese não merece prosperar, tendo em vista que, na peça inicial os requerentes alegam a inconstitucionalidade da lei estadual por flagrante afronta ao texto constitucional, sendo a fundamentação em torno dos princípios constitucionais estaduais catarinenses.

Da Inconstitucionalidade da Lei n. 10.824/98.

Com razão os representantes do Ministério Público Estadual ao deflagrarem esta ação constitucional, na medida em que a lei questionada afronta verticalmente a Constituição do Estado de Santa Catarina, especificamente os artigos 135, §4º, 137, §1º, e, ainda, art. 30 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias, pois desrespeitou, flagrantemente, os princípios da licitação, livre iniciativa e livre concorrência, como garantidores do estado democrático de direito.

Dita o art. 135, § 4º, da Constituição Estadual.

Art. 135. O Estado só intervirá na exploração direta da atividade econômica por motivo de interesse público, expressamente definido em lei.

§ 4º A lei estimulará a livre iniciativa e a livre concorrência, reprimindo os abusos do poder econômico.

Sobre o princípio da livre iniciativa e livre concorrência, cite-se lição de José Afonso da Silva:

Cumpra, então, observar que a liberdade de iniciativa econômica não sofre compressão só do Poder Público. Este efetivamente o faz legitimamente nos termos da lei, que regulamentando a liberdade de indústria e comércio, em alguns casos impondo a necessidade de autorização ou permissão para determinado tipo de atividade econômica, quer regulamentando a liberdade de contratar, especialmente no que tange às relações de trabalho, mas também quanto à fixação

de preços, além da intervenção direta na produção e comercialização de certos bens.

Acontece que o desenvolvimento do poder econômico privado, fundado especialmente na concentração de empresas, é fator de limitação à própria iniciativa privada, na medida em que a concentração capitalista impede ou estorva a expansão das pequenas iniciativas econômicas. (Curso de Direito Constitucional Positivo, 25ª. ed. Malheiros: São Paulo. 2005, p. 794-795).

E continua o autor sobre os dois princípios constitucionais que se complementam:

[...] Visam tutelar o sistema de mercado e, especialmente, proteger a livre concorrência, contra a tendência açambarcadora da concentração capitalista. A Constituição reconhece a existência do poder econômico. Este não é, pois, condenado pelo regime constitucional. Não raro esse poder econômico é exercido de maneira anti-social. Cabe, então, ao Estado intervir para coibir o abuso.

'Quando o poder econômico passa a ser usado com o propósito de impedir a livre iniciativa de outros, com a ação no campo econômico, ou quando o poder econômico passa a ser o fator concorrente para um aumento arbitrário de lucros do detentor do poder, o abuso fica manifesto'.

Essa prática abusiva, que decorre quase espontaneamente do capitalismo monopolista, é que a Constituição condena, não mais como um dos princípios da ordem econômica, mas como um fator de intervenção do Estado na economia, em favor da economia de livre mercado. Pululam leis antitrustes, sem eficácia. O que cumpre reconhecer, na verdade, é que não existe mais economia de mercado nem livre concorrência, desde que o modo de produção capitalista evoluiu para formas oligopolistas. Falar hoje em economia descentralizada, como economia de mercado, é tentar encobrir uma realidade palpável de natureza diversa. A economia está centralizada nas grandes empresas e em seus agrupamentos. Daí por que se torna praticamente ineficaz a legislação tutelar da concorrência. É que a concentração capitalista não é um fenômeno patológico, mas uma realidade fundamental do novo Estado industrial, como bem observa Farjat: 'A verdade é que não é preciso buscar, na regulamentação econômica da concorrência, o que não se encontra (ou jamais se

encontrou). A concorrência não é (ou nunca foi) o que se acreditava que ela era, à época em que nasceram as legislações antitrustes. As combinações, as posições dominantes, as práticas restritivas, as concentrações não são, em si mesmas, fenômenos patológicos, mas constituem, ao contrário, uma realidade fundamental do novo Estado industrial – a ordem privada econômica'. É uma realidade que não se modificará com mera determinação legal formal, senão com as transformações de seus próprios fundamentos. (*op.cit.* p. 795-796).

Com efeito, a partir da leitura do dispositivo constitucional acima transcrito e doutrina sobre os princípios nele contido, depreende-se que o Poder Constituinte Originário pretendeu vedar abusos do poder econômico, na medida em que, respeitando-se o princípio da livre concorrência, o exercício da livre iniciativa não será fator de injustiça social.

Sobre os princípios da livre iniciativa e livre concorrência, Adilson Abreu Dallari discorreu, em artigo "Os bancos oficiais e a livre concorrência", constante da Obra Grandes Temas de Direito Administrativo organizada pelo eminente Des. Volnei Ivo Carlin:

No caso específico, a previsão de que a livre iniciativa é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil implica a escolha, pelo constituinte, de um Estado com economia baseada em regras de mercado, rejeitando-se a economia integralmente monopolista, ou, até mesmo, monopolista em determinados setores. Tem-se, portanto, instaurada uma República, com economia de mercado, livre de antigas amarras econômicas, dos privilégios estatizantes, que, no passado, ocasionaram o inchaço da máquina pública.

É justamente por essa razão que, ao estabelecer princípios referentes à atividade econômica, o constituinte resgatou os fundamentos estabelecidos no artigo 1º do texto constitucional para elevar a livre concorrência ao patamar de fundamento da economia brasileira. (Grandes Temas de Direito Administrativo. Florianópolis: Conceito Editorial, Millennium Editora, 2009, p. 6-7).

A livre concorrência é fundamento da economia brasileira e, portanto da economia catarinense, tanto que a Carta Estadual prevê os mesmos

princípios contidos na Carta Magna, desrespeitados flagrantemente pela lei estadual impugnada nesta ação direta, pois, ao vedar a livre concorrência, não prevendo licitação prévia, praticamente está a incentivar o monopólio no setor de transportes intermunicipais de passageiros.

O representante do Ministério Público muito bem destaca que:

[...]A despeito de a exigência constitucional levar ao processo obrigatório de livre concorrência, o art. 4º e seu parágrafo único da Lei n. 10.824/98 permitem manter, pelo largo período de dois lustros, o monopólio privado do transporte rodoviário intermunicipal no Estado de Santa Catarina, sem o exercício saudável da competitividade. Não se está a discutir aqui a eficácia ou a competência das empresas que atualmente exploram a exclusividade do serviço, mas a manutenção do privilégio, sob proteção legal e administrativa, que fere, à toda evidência, o princípio da igualdade, o necessário nivelamento da norma constitucional barriga-verde, com exclusão das proteções. Nenhum favorecimento, portanto, deve interferir na seleção das empresas concessionárias e permissionárias. Lembre-se, a propósito, que a lei é promulgada *nullo privato commodo, sed pro communi utilitate civium conscripta*[...](Graciano, *Decretum*, I, IV, c.2) (fl. 08).

É importante destacar, também, que é obrigação do Estado vedar práticas contrárias aos princípios da livre iniciativa e livre concorrência, a fim de conter abusos do poder econômico, evitando, desta forma, aumento de concorrência desleal, causadora de malefícios e desequilíbrio na ordem econômica e social e, conseqüentemente, tratamento desigual, fator de injustiça social, contra o que deve o Poder Judiciário agir, dentro da esfera de competência jurisdicional, especificamente neste caso, no controle de constitucionalidade.

Pela leitura da Lei n. 10.824/98, percebe-se que esta feriu os princípios acima destacados, pois, se o próprio Estado, ao editar uma lei, não respeita os princípios constitucionais, o Poder Judiciário não somente pode, como deve, declarar a inconstitucionalidade da norma, colocando em prática o sistema de freios e contrapesos de Montesquieu, a fim de que

sejam reprimidas práticas abusivas, tudo isso para garantir justiça social, como corolário do Estado Democrático de Direito.

Do escólio de José Afonso da Silva, abstrai-se:

A independência dos poderes significa: (a) que a investidura e a permanência das pessoas num dos órgãos do governo não dependem da confiança nem da vontade dos outros; (b) que, no exercício das atribuições que lhes sejam próprias, não precisam os titulares consultar os outros nem necessitam de sua autorização; (c) que, na organização dos respectivos serviços, cada um é livre, observadas apenas as disposições constitucionais e legais; assim é que cabe ao Presidente da República prover e extinguir cargos públicos da Administração federal, bem como exonerar ou demitir seus ocupantes, enquanto é da competência do Congresso Nacional ou dos Tribunais prover os cargos dos respectivos serviços administrativos, exonerar ou demitir seus ocupantes; às Câmaras do Congresso e aos Tribunais compete elaborar os respectivos regimentos internos, em que se consubstanciam as regras de seu funcionamento, sua organização, direção e polícia, ao passo que ao Chefe do Executivo incumbe a organização da Administração pública, estabelecer seus regimentos e regulamentos.

[...] A harmonia entre os poderes verifica-se primeiramente pelas normas de cortesia no trato recíproco e no respeito às prerrogativas e faculdades a que mutuamente todos têm direito. De outro lado, cabe assinalar que nem a divisão de funções entre os órgãos do poder nem sua independência são absolutas. **Há interferências, que visam ao estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos, à busca do equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um em detrimento do outro e especialmente dos governados** (Curso de direito constitucional positivo. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 110). (grifou-se)

Na mesma direção, é a lição de Hely Lopes Meirelles:

Os Poderes de Estado, na clássica tripartição de Montesquieu, até hoje adotada nos Estados de Direito, são o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, independentes e harmônicos entre si e com suas funções reciprocamente indelegáveis (CF, art. 2º). Esses Poderes são

iminentes e estruturais do Estado (diversamente dos poderes administrativos, que são incidentais e instrumentais da Administração), a cada um deles correspondendo uma função que lhe é atribuída com precipuidade. Assim, a função precípua do Poder Legislativo é a elaboração da lei (função normativa); a função precípua do Poder Executivo é a conversão da lei em ato individual e concreto (função administrativa); a função precípua do Poder Judiciário é a aplicação coativa da lei aos litigantes (função judicial). Referimo-nos à função precípua de cada Poder de Estado porque, embora o ideal fosse a privatividade de cada função para cada Poder, na realidade isso não ocorre, uma vez que todos os Poderes têm necessidade de praticar atos administrativos, ainda que restritos à sua organização e ao seu funcionamento, e, em caráter excepcional admitido pela Constituição, desempenham funções e praticam atos que, a rigor, seriam de outro Poder. O que há, portanto, não é separação de Poderes com divisão absoluta de funções, mas, sim, distribuição das três funções estatais precípua entre órgãos independentes, mas harmônicos e coordenados no seu funcionamento, mesmo porque o poder estatal é uno e indivisível (Direito administrativo brasileiro. 23. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999. p. 61-62).

Da análise da norma objeto desta ação, constata-se que ocorreu afronta vertical com a norma contida no art. 135, §4º, da CESC, na medida em que a prorrogação das concessões sem licitação, vedou às empresas, que atuam no mercado, concorrer livremente impedindo-as de tentar, ao menos, contratar com o Estado e oferecer transporte mais barato aos passageiros intermunicipais do Estado de Santa Catarina.

Com efeito, a não previsão de licitação para a prorrogação de contratos de concessão de serviço de transporte intermunicipal, faz com que se formem quase que oligopólios ou monopólios, permitindo que as empresas, detentoras da concessão, continuem a detê-las por longos períodos, desobrigando-as de passar a concorrer com todas as outras existentes no mercado, e isso, indubiosamente, caracteriza desrespeito ao princípio da livre concorrência.

Verifica-se que a lei atacada está a impedir, flagrantemente, a livre iniciativa dos outros, o que faz concluir que o próprio Estado, ao editar a lei estaria a permitir abuso econômico, na medida em que as empresas, que já possuem a concessão, imponham suas condições sem precisar participar de licitação, o que veda a entrada de novas empresas, talvez com preços mais acessíveis aos consumidores catarinenses.

A prorrogação por mais de 10 anos dos contratos das empresas que apresentarem o plano de renovação da frota, sem que para isso haja concorrência pública, sem dúvida, ofende o princípio da licitação e afronta os princípios da livre iniciativa e livre concorrência, na medida em que provoca ausência de competitividade.

É visível a afronta ao art. 137, § 1º, da CESC, que reza:

Art. 137. Ao Estado incumbe a prestação dos serviços públicos de sua competência.

§ 1º A execução poderá ser delegada, precedida de licitação, nos regimes de concessão ou permissão.

§ 2º A delegação assegurará ao concessionário ou permissionário as condições de prorrogação, caducidade, fiscalização e rescisão do contrato, garantidas:

I - a qualidade do serviço prestado aos usuários;

II - política tarifária socialmente justa que assegure aos usuários o direito de igualdade, o melhoramento e expansão dos serviços, a justa remuneração do capital empregado e o equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

§ 3º O Estado e os seus Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos. (NR)"

A EC /046 alterou-lhe a redação, veja-se:

"Art. 137. Ao Estado incumbe a prestação dos serviços públicos de sua competência, diretamente ou mediante delegação. (NR)

§ 1º A delegação, se for o caso e nos termos da legislação vigente, será precedida de licitação; (NR)"

(19/12/07) (www.alesc.sc.gov.br)

Ressalta-se que, mesmo com a nova redação, a exigência de licitação permanece para a delegação de serviços públicos por parte do Estado.

A respeito do princípio da licitação pública, leciona José Afonso da Silva: *Constitui um princípio instrumental de realização dos princípios da moralidade administrativa e do tratamento isonômico dos eventuais contratantes com o Poder Público (op. cit. p. 672).*

Já decidiu o STF, n. ADIN 3521/PR, da lavra do Relator Min. EROS GRAU, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, j. em 28.09.2006:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGOS 42 E 43 DA LEI COMPLEMENTAR N. 94/02, DO ESTADO DO PARANÁ. DELEGAÇÃO DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS. CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. RÉGULAÇÃO E FISCALIZAÇÃO POR AGÊNCIA DE "SERVIÇOS PÚBLICOS DELEGADOS DE INFRA-ESTRUTURA". MANUTENÇÃO DE "OUTORGAS VENCIDAS E/OU COM CARÁTER PRECÁRIO" OU QUE ESTIVEREM EM VIGOR POR PRAZO INDETERMINADO. VIOLAÇÃO DO DISPOSTO NOS ARTIGOS 37, INCISO XXI; E 175, CAPUT E PARÁGRAFO ÚNICO, INCISOS I E IV, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. O artigo 42 da lei complementar estadual afirma a continuidade das delegações de prestação de serviços públicos praticadas ao tempo da instituição da agência, bem assim sua competência para regulá-las e fiscalizá-las. Preservação da continuidade da prestação dos serviços públicos. Hipótese de não violação de preceitos constitucionais. 2. O artigo 43, acrescentado à LC 94 pela LC 95, autoriza a manutenção, até 2.008, de "outorgas vencidas, com caráter precário" ou que estiverem em vigor com prazo indeterminado. Permite, ainda que essa prestação se dê em condições irregulares, a manutenção do vínculo estabelecido entre

as empresas que atualmente a ela prestam serviços públicos e a Administração estadual. Aponta como fundamento das prorrogações o § 2º do artigo 42 da Lei federal n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1.995. Sucede que a reprodução do texto da lei federal, mesmo que fiel, não afasta a afronta à Constituição do Brasil. 3. O texto do artigo 43 da LC 94 colide com o preceito veiculado pelo artigo 175, caput, da CB/88 --- "incumbe ao poder público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos". 4. **Não há respaldo constitucional que justifique a prorrogação desses atos administrativos além do prazo razoável para a realização dos devidos procedimentos licitatórios. Segurança jurídica não pode ser confundida com conservação do ilícito.** 5. Ação direta julgada parcialmente procedente para declarar inconstitucional o artigo 43 da LC 94/02 do Estado do Paraná. (grifou-se).

Desta forma, ao não prever a licitação para prorrogação dos contratos, a lei estadual atacada está a desprezar, também, os princípios da moralidade administrativa e da isonomia constitucional, isso porque não proporciona tratamento igual a todas as transportadoras do Estado de Santa Catarina, impedindo as que não estão no mercado de ter, ao menos, chance de participar de certame licitatório e poder, em tese, oferecer preços mais vantajosos à população em geral, usuários do serviço de transporte intermunicipal, caracterizando verdadeiro favorecimento àquelas empresas de transportes que já estão prestando serviço há tempos, o que desrespeita a moral administrativa, princípio que deve pautar todos os atos dos administradores públicos.

Nesse sentido já decidiu este Tribunal Pleno:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – MUNICÍPIO – EXPLORAÇÃO DO TRANSPORTE COLETIVO URBANO DE PASSAGEIROS – LEI N. 5.824, DE 27 DE DEZEMBRO DE 2001 – OFENSA AO ART. 137, § 1º, DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE SANTA CATARINA, E TAMBÉM DOS PRINCÍPIOS DA IMPESSOALIDADE E LIVRE CONCORRÊNCIA – NECESSIDADE DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO EM PERMISSÃO – PRELIMINA-

RES, POR MAIORIA, REJEITADAS – PROCEDÊNCIA, POR MAIORIA, DO PLEITO VESTIBULAR.

Ex vi do inciso VII do art. 85, da Carta Política Estadual, há legitimidade ativa *ad causam* do Ministério Público para manejar o controle abstrato, “quando se tratar de lei ou ato normativo municipal, o mesmo ocorrendo com o Coordenador Geral do Centro do Centro de Controle de Constitucionalidade, em face de delegação do Procurador-Geral de Justiça. Vencido o relator designado com o precedente do Excelso Pretório no AG.REG. na Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 75-1/SP, veredicto prolatado em 03 de maio deste ano, confirmando decisão monocrática.

Afastada, por maioria, a extinção do processo, porque *mutatis mutandis*, “ainda que não seja em si mesma uma norma jurídica, mas ato com forma de lei, que outorga status municipal a uma comunidade territorial, a criação de Município, pela generalidade dos efeitos que irradia, é um dado inovador, com força prospectiva, do complexo normativo em que se insere a nova unidade política: por isso a validade da lei criadora, em face da Lei Fundamental, pode ser questionada por ação direta de inconstitucionalidade” (ADI n. 733-MG, in RTJ 158/35). Logo, afirma o relator designado que a espécie não cuida da tutela de interesse concreto, em face da multiplicidade de reflexos que proporciona a Lei Municipal n. 5.824, de 27 de dezembro de 2001.

Dispondo o diploma impugnado no art. 1º que “fica o Poder Executivo autorizado a prorrogar, por mais dez (10), o prazo das Permissões para exploração do serviço de Transporte Coletivo Urbano de Passageiros neste Município, outorgadas em 23 de dezembro de 1992, à Empresa Nossa Senhora da Glória Limitada, Coletivo Rodovel Limitada e Viação Verde Vale Limitada, de acordo com a Lei Municipal n. 4.120, de 18 de novembro de 1992, e o Edital de Concorrência Pública n. 03-001/92”, enquanto no art. 2º que “a prorrogação autorizada por esta Lei será formalizada através de Termo Aditivo, mantidas as atuais condições da outorga”. **Há ofensa ao art. 137, § 1º, da Constituição do Estado de Santa Catarina, diante da transgressão dessa norma fundamental, e também dos princípios da impessoalidade e livre concorrência.** (Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2002.020438-8, de Blumenau,

Relator: Francisco Oliveira Filho, Órgão Julgador: Tribunal Pleno,
Data Decisão: 31/01/2007)

Colhe-se, do corpo do acórdão:

Essas normas jurídicas devem ser analisadas à luz do art. 137, § 1º, da Constituição Estadual, categórico em dizer: “A execução poderia ser delegada, precedida de licitação, nos regimes de concessão ou permissão”. Aliás, é o que também consta no caput do art. 175, da Magna Carta, que não dispensa o procedimento de licitação em se tratando de concessão ou permissão. Diogenes Gasparini a propósito agudamente observa: “A permissão e a autorização podem objetivar o trespassse do uso de qualquer bem público. São legítimas se outorgadas: I – mediante licitação; II – a título precário; III – por ato administrativo; IV – com desafetação, se o uso recair em bem de uso comum do povo ou de uso especial e a utilização for integral, exclusiva e duradoura” (Direito Administrativo. 8. ed. São Paulo: Saraiva, p. 728, n. 4.2). Em suma, a Lei n. 5.824, de 27 de dezembro de 2001, é írrita, por ter abandonado o princípio da impessoalidade, indisponibilidade, competitividade e igualdade, ao conceder ilegítima permissão com prazo determinado, independentemente de licitação.

A circunstância de que as empresas de transporte coletivo urbano estariam em atividade há muito tempo, não justifica que a situação de eiva persista sem o cumprimento de formalidades indispensáveis, e todas de exclusiva ordem pública, ou seja, de obrigatório cumprimento.

E mais: percebe-se que o Supremo Tribunal Federal, no HC n. 84137/RS, em que foi relator o Ministro Carlos Velloso (Informativo n. 405, de outubro de 2005), em certo trecho do veredicto, S. Exa. assim se manifestou: “[...] o administrador que, de forma omissiva, deixa de observar as formalidades pertinentes ao processo licitatório fica sujeito às sanções do delito em questão. Asseverou-se, também, que a Constituição, em seu art. 175, exige licitação, na forma da lei, para a prestação de serviços públicos, e que o administrador público, em sua atuação, está condicionado aos princípios da legalidade e da moralidade pública. Conclui-se que, a despeito de o ato estar fundamentado em lei municipal controversa, há a concreta possibilidade de se adotar medida judicial com o objetivo de inquirar de nulidade e de responsabilidade o ato eivado do vício

de imoralidade. Ressaltou-se, ademais, que o regime de concessão e permissão de serviços públicos é regulado por lei federal, razão porque estaria prejudicada a alegação da incidência de lei municipal, e que é impossível legitimar prorrogação por prazo indeterminado ou discricionariamente dilatado, tal como feito”.

Ainda no Recurso Extraordinário n. 140989-4, do Rio de Janeiro, em 16.3.93, o Excelso Pretório já imprimia essa orientação interpretativa, quando assentou: “Exploração de transporte urbano, por meio de linha de ônibus. Necessidade de prévia licitação para autorizá-la, quer sob a forma de permissão, quer sob a de concessão. Recurso Extraordinário provido por contrariedade do art. 175 da Constituição Federal”.

Colhe-se, por outro lado, no Recurso Especial n. 617147/PR, que: “A implantação de nova linha de transporte, bem como qualquer alteração referente à linha ou à prestação do serviço por empresa de ônibus deverá sempre ser precedida de licitação” (in “Interesse Público” – Rev. Bimestral de Direito Público, Editora Notadez, ano 2005, Sapucaia do Sul - RS, p. 342, n. 6595).

Assim, é de ser declarada a inconstitucionalidade da lei atacada nesta via, pois flagrante a incompatibilidade vertical de ordem material com o texto constitucional estadual, na medida em que ela determina, expressamente, que caberá ao Departamento de Transportes e Terminais – DETER, firmar aditivos contratuais de prorrogação das concessões a partir da data dos respectivos vencimentos, com cláusula específica de nulidade pelo não cumprimento do plano de renovação de frota aprovado.

O Exm^o. Sr. Governador alegou que, no Estado de Santa Catarina, a Lei n. 5.684, de 9 de maio de 1980, que continua em vigor, regulando o serviço público de transporte rodoviário intermunicipal de passageiros, já previa a realização de certame para a delegação, a terceiros, de serviço de transporte rodoviário intermunicipal, logo, a prorrogação permitida na lei objeto desta ação direta, refere-se a contratos que foram precedidos por processo licitatório.

Todavia, devem ser refutados os argumentos de que é permitida a prorrogação de licitação sem licitação, isso porque a Constituição do Estado de Santa Catarina estabelece que a licitação deve ocorrer para todos os casos de delegação de serviço público, e dentre eles está, indubitavelmente o de transporte intermunicipal de passageiros.

A respeito, vale transcrever trecho de acórdão da lavra do Exmo. Sr. Des. Francisco Oliveira Filho, por ocasião do julgamento da ação direta de inconstitucionalidade n. 88.055108-0:

" A matéria deduzida na inicial afrontaria o inciso II (política tarifária socialmente justa que assegure aos usuários o direito de igualdade, o melhoramento e expansão dos serviços, a justa remuneração do capital empregado e o equilíbrio econômico-financeiro do contrato) do § 2º (a delegação assegurará ao concessionário ou permissionário as condições de prorrogação, caducidade, fiscalização e rescisão do contrato, garantidas) do art. 137 (ao Estado incumbe a prestação dos serviços públicos de sua competência) da Carta Política Estadual, no que diz respeito ao equilíbrio econômico financeiro do contrato de prestação de serviço. Entretanto, essa norma jurídica, data venia, não se aplica, especificamente, à quaestio sub iudice, eis que cuida da prestação de serviços públicos pelo Estado no âmbito de suas atribuições. É que não há como confundir o interesse do Estado de Santa Catarina na disciplina do transporte interestadual com o interesse do Município. O art. 96, parágrafo único e incisos I e II, da Lei Orgânica do Município de Florianópolis, tem origem na Lex Mater (art. 30, inciso V), cujo princípio é reafirmado na CE. Este para Márcia Dominguez Nigro Conceição (Conceitos Indeterminados na Constituição - Requisitos da Relevância e Urgência, Celso Bastos Editor, 1999, pág. 62) resulta 'em uma coerência lógica'. Arremata em complemento: 'possuindo alto grau de abstração e generalidade, permeia todo o sistema jurídico, influenciando a inteligibilidade das demais normas constitucionais e orientando a interpretação da Constituição pelos seus destinatários: legislador infraconstitucional e aplicador do Direito ao caso concreto' (Ação direta de inconstitucionalidade n. 88.055108-0 (73), da Capital, rel. Des. Francisco Oliveira Filho, j. em 03.05.00)

Somente para ilustrar, cita-se julgados no tocante à prorrogação de contratos vencidos, no transporte coletivo, sem licitação, referentemente à ações civis públicas instauradas em relação à leis municipais

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONCESSÃO DE TRANSPORTE COLETIVO URBANO. CONTRATOS VENCIDOS. PRORROGAÇÃO. AUSÊNCIA DE LICITAÇÃO. AFRONTA AO ART. 175 DA CF E À LEI Nº 8.987/95. LIMINAR MANTIDA.

Seja com feição cautelar, seja com o contorno de tutela antecipatória, sustenta-se a medida liminar que suspende a eficácia de contratos de prorrogação de concessão de serviço público porque "tanto a Constituição Federal (art. 175) quanto a Lei de Regência das Concessões e Permissões (Lei nº 8.987/1.995) exigem a licitação como condição para a concessão e permissão de serviços públicos, não sendo suficiente a edição de uma norma local para afastar a exigência de certame prévio à permissão de serviço público" (STJ, AROMS 15688/RJ, Min. Francisco Falcão, DJU de 20/10/03) (AI n. 2001.019222-5, Rel. Des. Newton Janke).

Ainda:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA - LIMINAR - *FUMUS BONI JURIS E PERICULUM IN MORA* - CONCESSÃO DE TRANSPORTE COLETIVO - PRORROGAÇÃO - AUSÊNCIA DE ABERTURA DE PROCEDIMENTO LICITATÓRIO - LEI MUNICIPAL N. 58/00 - OFENSA AOS ART. 175 DA CF/88, E 42, § 2º, DA LEI N. 8.987/95 - RECURSO DESPROVIDO.

Evidenciados os requisitos do *fumus boni juris* e do *periculum in mora*, o deferimento da liminar de que trata o art. 12, caput, da Lei n. 7.347/85, é medida que se impõe.

Chegado a termo o contrato de concessão de exploração de serviços, afigura-se primordial a abertura de nova concorrência pública, exigência esta inibida pelo advento da Lei n. 58/00, em clara afronta aos dispositivos constitucionais e infraconstitucionais que regulam a matéria (AI n. 2001.022716-9, Rel. Des. Rui Fortes).

Do art. 30 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da CESC – controle incidental em face da CF/88.

Sustentou o sindicato interveniente, ainda, que a cláusula de parâmetro subordinante (art. 30 da ADCT) acarreta a prejudicialidade da ação direta, sendo que, ausentes a eficácia e a aplicabilidade integral do dispositivo supostamente violado, não merece prosperar a ação neste particular, conforme já decidiu o STF em causa semelhante (fls. 792/808).

Transcreve-se o teor do art. 30 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da CESC:

Art. 30. Os contratos de concessão de serviços de transporte de passageiros, em vigor, terão assegurado o direito de prorrogação por novo período, adaptando-se automaticamente a Constituição.

§ 1º A prorrogação fica condicionada a qualidade dos serviços.

§ 2º As permissões e autorizações de serviços de transporte de passageiros, em operação, ficam transformadas em concessões.

Sobre o art. 30 do ADCT já se manifestou esta Corte de Justiça:

“Do mesmo modo, o art. 30 do Ato das Disposições Transitórias da Constituição Estadual, ao disciplinar a prorrogação dos contratos de concessão de serviços de transporte de passageiros que estavam em andamento, vencidos ou por prazo indeterminado, só pode referir-se àqueles de competência da Administração Pública no âmbito estadual, uma vez que, como já se disse, a organização dos serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, é da competência do Município. (Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2005.014085-9, de Navegantes, Relator: Luiz César Medeiros, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Data Decisão: 19/07/2006).

Neste momento é efetivado o controle incidental, a fim de preservar-se a supremacia das normas do texto constitucional federal.

Neste sentido já decidiu esta Corte:

Na ação que tem por objeto a declaração de inconstitucionalidade de lei municipal frente a dispositivo da Constituição Estadual, naturalmente, a validade deste último é requisito para a procedência do pedido. Em outras palavras, se o dispositivo da Constituição Estadual tido por afrontado viola a Constituição Federal ele é nulo e, via de conseqüência, não pode ser aplicado pelo Poder Judiciário, pois incapaz de gerar efeitos jurídicos. (Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2003.008464-9, da Capital, Relator: Newton Trisotto, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Data Decisão: 20/06/2005).

Com efeito, não há como deixar de verificar a constitucionalidade do art. 30 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição do Estado de Santa Catarina frente à Constituição da República, ou, no mínimo, dar-lhe uma interpretação conforme à Constituição.

Como ressaltou o representante do Ministério Público, existe uma interpretação crítica daquelas disposições transitórias que concedem o direito de prorrogação, considerando-as em manifesta afronta à Constituição Federal, citando o precedente do STF (fl. 14).

No entanto, o art. 30 do ADCT/CESC não contraria o art. 175 da Constituição Federal, que exige a licitação:

Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

“Parágrafo único. A lei disporá sobre:

“I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

“II - os direitos dos usuários;

“III - política tarifária;

“IV - a obrigação de manter serviço adequado.”

Pode-se afirmar que a norma contida no art. 30 do ADCT de SC não fere o art. 175 Carta Magna de 1988, bem como o princípio constitucional da livre concorrência, inserto no inciso IV do art. 170, isso porque, em seu texto consta que: **Os contratos de concessão de serviços de transporte de passageiros, em vigor, terão assegurado o direito de prorrogação por novo período, adaptando-se automaticamente à Constituição.**

Ou seja, a partir da leitura da parte final do art. 30, vê-se que os contratos de concessão devem **submeter-se automaticamente à Constituição aos arts. 170 e 175 da CF/88**, ou seja, aos princípios da livre concorrência e licitação.

Assim, procede a alegada inconstitucionalidade da Lei Estadual n. 10.824/98 em face da constitucionalidade do artigo 30 do ADCT da CECS, devendo ser rejeitada a tese sustentada pelo sindicato interveniente.

Em suma, a lei estadual que possibilitou a prorrogação dos contratos visando à exploração do serviço público, sem prévia licitação, em detrimento de outros eventuais pretendentes, violou os princípios constitucionais que devem governar a atuação da Administração Pública.

Deve-se ressaltar, ainda, que a previsão do parágrafo único do art. 175 da CF/88 refere-se à forma de prorrogação em sentido genérico a ser observada no contrato de concessão, o que foi feito pela Lei n. 8.987/95. Assim, evidente que um contrato celebrado sob a égide da Lei n. 5.684/80 não poderia ser prorrogado sem licitação.

Finalmente anote-se que a inconstitucionalidade pode estar *“no conteúdo da lei, na violação de regras de competência ou na transgressão de normas contidas na Constituição”* (Castro Nunes, referido por Zeno Veloso, “Controle Jurisdicional de Constitucionalidade”. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 21, n. 4).

In casu há claro descumprimento de dispositivos da Carta Política Estadual (arts. 135, § 4º, 137, § 1º, e art. 30 da ADCT), atingindo o conteúdo da lei estadual objeto deste *judicial control*. Portanto, verificada a incompatibilidade vertical material da norma impugnada em face da Carta Estadual, aquele não mais integrará o ordenamento jurídico estadual catarinense.

Conclusão:

Ante o exposto, rejeito as preliminares suscitadas, e, quanto ao mérito, julgo procedente a presente ação direta de inconstitucionalidade e declaro a inconstitucionalidade da Lei Estadual n. 10.824/98, por ofensa aos artigos 135, § 4º; 137, § 1º, da Constituição do Estado de Santa Catarina, e 30 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e, também, dos princípios da livre iniciativa, livre concorrência e licitação.

Por fim, anote-se que "*são indevidos honorários advocatícios na ação direta de inconstitucionalidade, qualquer que seja o seu resultado*" (CAHALI, Yussef Said, Honorários advocatícios. 3.ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 1289).

DECISÃO

Nos termos do voto do relator, decidiu o Tribunal Pleno, por votação unânime, rejeitar as preliminares e, no mérito, julgar procedente o pedido para declarar a inconstitucionalidade da Lei Estadual n. 10.824, de 17 de julho de 1998. Custas na forma da lei.

O julgamento, realizado no dia 05 de agosto de 2009, foi presidido pelo Exmo Sr. Des. Souza Varella, com voto, e dele participaram os Exmos Srs. Des. Carlos Prudêncio, Gaspar Rubick, Pedro Manoel Abreu, Trindade dos Santos, Cláudio Barreto Dutra, Newton Trisotto, Sérgio Paladino, Solon D' Éça Neves, Mazoni Ferreira, Volnei Carlin, Irineu João da Silva, Luiz

César Medeiros, Vanderlei Romer, Eládio Torret Rocha, Wilson Augusto do Nascimento, Nelson Schaefer Martins, José Volpato de Souza, Sérgio Roberto Baasch Luz, Monteiro Rocha, Fernando Carioni, Torres Marques, Luiz Carlos Freyesleben, Marcus Túlio Sartortato, Ricardo Fontes, Salim Schead dos Santos, Cid Goulart, Jaime Ramos, Alexandre D'Ivanenko, Newton Janke, Lédio Rosa de Andrade, Moacyr de Moraes Lima Filho, Sérgio Izidoro Heil, José Carlos Carstens Köhler, João Henrique Blasi, Jorge Luiz de Borba, Rejane Andersen e Joel Figueira Junior.

Participou da sessão, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Raulino Jacó Bruning.

Impedido o Exmo Sr. Des. Jorge Schaefer Martins.

Florianópolis, 11 de agosto de 2009.

Cláudio Valdyr Helfenstein
RELATOR

CÂMARA CIVIL ESPECIAL

AGRAVO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO

Agravo (§ 1º art. 557 do CPC) em Agravo de Instrumento n. 2008.054657-9/0001.00, de Navegantes

Relator: Des. Luiz Fernando Boller

AGRAVO INOMINADO – DECISÃO QUE DÁ PROVI-
MENTO A RECURSO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO –
DIVULGAÇÃO DE TESTES DE QUALIDADE DE PESCADOS
CONGELADOS – DIREITO DO CONSUMIDOR À INFORMA-
ÇÃO – GARANTIA CONSTITUCIONAL DE MANIFESTAÇÃO
DO PENSAMENTO – PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL
DA CORTE EM SITUAÇÃO ANÁLOGA – AUSÊNCIA DE
DEMONSTRAÇÃO DE DISSENSÃO NOS TRIBUNAIS SUPE-
RIORES – RECLAMO DESPROVIDO.

Eventual vício nos testes levados a efeito nos produtos comer-
cializados pela *agravada* não se correlacionam de forma direta
com o direito de informação da publicação administrada pela
agravante.

Há necessidade de se compreender a lide, portanto, sob duas
óticas distintas, destacando-se que, em havendo constatação
posterior de parcialidade, inadequação, ou qualquer vício nos
ensaios científicos resistidos, subsistirá direito de reparação à
Leardini Pescados Ltda.

Contudo, nesta quadra, cercear o direito à livre manifestação e divulgação de resultados, mormente quando indemonstrada a alegada má-fé de Pro Teste-Associação Brasileira de Defesa do Cidadão, constitui inadequada afronta à garantia constitucional de livre informação e manifestação do pensamento.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo (§ 1º art. 557 do CPC) em Agravo de Instrumento n. 2008.054657-9/0001.00, da comarca de Navegantes (Vara Única), em que é agravante Leardini Pescados Ltda., e agravado Pro Teste - Associação Brasileira de Defesa do Cidadão:

ACORDAM, em Câmara Civil Especial, por votação unânime, negar provimento ao recurso. Custas legais.

RELATÓRIO

Cuida-se de agravo inominado interposto pela Leardini Pescados Ltda. contra decisão que, invocando precedente constituído pelo acórdão de julgamento do recurso de Agravo Inominado n. 2008.054866-9, deu provimento ao recurso interposto por Pro Teste - Associação Brasileira de Defesa do Cidadão, sob o argumento de que:

eventual vício nos testes levados a efeito nos produtos comercializados pela *agravada* não se correlacionam de forma direta com o direito de informação da publicação administrada pela *agravante*.

Há necessidade de se compreender a lide, portanto, sob duas óticas distintas, destacando-se que, em havendo constatação posterior de parcialidade, inadequação, ou qualquer vício nos ensaios científicos resistidos, subsistirá direito de reparação à Leardini Pescados Ltda.

Contudo, nesta quadra, cercear o direito à livre manifestação e divulgação de resultados, mormente quando indemonstrada a alegada má-fé de Pro Teste - Associação Brasileira de Defesa do Cidadão,

constitui inadequada afronta à garantia constitucional de livre informação e manifestação do pensamento (fls. 196/205).

Fundamentando a insurgência, a recorrente sustenta que a decisão recorrida teria usurpado a competência do colegiado para o "*conhecimento e prolação de mérito quanto à matéria recursal*" (fl. 333). Assim sendo, embora reconheça a existência de precedente jurisprudencial nesta Corte, afirma a necessidade de "*manifesto confronto com súmula ou interpretação dominante do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior*" (fl. 334), como condição para o julgamento imediato.

De outro vértice, argumenta que a decisão de primeiro grau há que ser mantida, visto que a *agravada* realiza "*testes que não são da sua competência, irregulares quanto a sua forma (sem contraditório e ampla defesa), e com base em leis estrangeiras*" (fl. 335), sobressaindo, quanto à excessiva quantidade de água incorporada ao peso dos produtos comercializados, que "*a quantidade existente nos peixes e todos aqueles seres "aquáticos" está dentro dos padrões normais para o tipo de produto (habitat destes seres é na própria água)*" (fl. 335), incumbindo exclusivamente ao INMETRO-Instituto Nacional de Metrologia quantificar o percentual de água admitido nos pescados congelados.

Assim sendo, destacando que a decisão de primeiro grau apenas impediu a realização de testes ilícitos e ilegais pela *agravada*, e, não, a veiculação do respectivo resultado, pugna pelo provimento do reclamo, com a regular restauração da marcha do recurso de agravo de instrumento (fls. 332/338).

É o relatório.

VOTO

Estando demonstrados os pressupostos de admissibilidade intrínsecos, conhece-se do recurso.

Num primeiro momento, impende destacar que, segundo o disposto no art. 557, do CPC:

O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.

Veja-se que não há obrigatoriedade de confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior, como referido pela Leardini Pescados Ltda.

A interpretação literal do dispositivo permite aferir que o legislador admitiu a negativa de seguimento por motivos múltiplos e alternativos entre si, ou seja, recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.

De todo modo, está a se tratar de decisão proferida nos termos do disposto no art. 557, § 1º-A, do CPC, segundo o qual, *‘se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso’*.

Precisamente este foi o raciocínio teleológico empregado para o imediato acolhimento da pretensão recursal deduzida pela Pro Teste - Associação Brasileira de Defesa do Cidadão, e, não sob a ótica estrita da liberdade de imprensa, mas, sob o amparo do conjunto de disposições finalísticas que se encerram na defesa do consumidor.

Neste sentido, o artigo 1º do Código de Defesa do Consumidor estabelece que *‘o presente Código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos arts. 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias’*.

Não fica difícil compreender, sob esta ótica, que a pretensão recursal resistida pela Leardini Pescados Ltda. possui lastro em princípio basilar da atividade econômica nacional, e, por este motivo, de ordem pública, aplicação cogente, obrigatória.

Sobre a matéria, Nelson Nery Junior e Rosa Maria Andrade Nery lecionam que:

Ordem pública. As normas do CDC são ex vi legis de ordem pública, de sorte que o juiz deve apreciar de ofício qualquer questão relativa às relações de consumo, já que não incide nesta matéria o princípio dispositivo. Sobre elas não se opera a preclusão e as questões que dela surgem podem ser decididas e revistas a qualquer tempo e grau de jurisdição (in Código de processo civil comentado. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 1.348).

O Excelentíssimo Ministro Garcia Vieira, em brilhante e paradigmático voto proferido nos autos do emblemático Mandado de Segurança n. 5.986-DE, n. 98/0072799-0, firmou o seguinte entendimento:

Um dos princípios básicos em que se assenta a ordem econômica é a defesa do consumidor (art. 170, I da CF). Nosso legislador constitucional (art. 5º, XXXII), determina que o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor. Celso Ribeiro Bastos, nos Comentários à Constituição do Brasil, 2º volume, artigo 5º, inciso XXXII, ensina que:

"A civilização industrial trouxe consigo um problema grave que foi o de proteger o consumidor.

Embora as medidas efetivas neste sentido só recentemente tenham sido tomadas, é forçoso reconhecer que muito mais resta ainda a ser feito.

A questão crucial é posta pelo fato de que a antiga relação entre o adquirente e o artesão foi substituída por uma cadeia de agentes que vai desde o produtor até o consumidor final do produto.

Mais grave ainda, a relação torna-se massificada, isto é: a produção e o consumo se dão em grandes escalas.

O consumidor individual que discutia com o artífice as características de um produto personalizado, é substituído por um comprador de bens, os quais não lhe cabe conferir. A sua postura passiva é ainda reforçada por uma propaganda intensa que gera novos hábitos de consumo, no mais das vezes criados artificialmente.

É fácil perceber que o potencial lesivo aos interesses do consumidor é muito grande" (pág. 158).

O legislador ordinário atendendo ao comando emanado do artigo 5º, XXXII da Constituição, editou a Lei n.º 8.078 de 11 de setembro de 1990, que dispõe sobre a proteção do consumidor. Esta lei (Código de Consumidor) estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, da ordem pública e interesse social nos termos do artigo 5º, XXXII, 170, V, da Constituição Federal e 48 de suas disposições transitórias (art. 1º).

Como se vê, as regras de proteção e defesa do consumidor se erigem a um plano de importância tal, que devem orientar toda a atividade econômica desenvolvida no território nacional.

Assim sendo, deduz-se na espécie que o direito à informação deve ser privilegiado em detrimento do direito à imagem da *agravante*.

Este entendimento, sedimentado na Corte Superior (art. 557, § 1º-A, do CPC), também foi assimilado pela JC-Jurisprudência Catarinense, destacando-se o julgamento do Agravo de Instrumento n.2008.054866-9 – que possui estreita relação de identidade com o presente – onde a 2ª Câmara de Direito Civil, ratificando decisão antecipatória desta Câmara Civil Especial, assim decidiu:

Pro Teste - Associação Brasileira de Defesa do Consumidor interpôs agravo de instrumento contra a decisão do Juiz de Direito da comarca de Navegantes que, nos autos da Ação Ordinária de Obrigação de Fazer c/c Perdas e Danos n. 135.08.003327-3, proposta por Costa Sul Pescados Ltda. deferiu liminar, determinando que a agravante se abstenha de divulgar o resultado de testes com os produtos da agravada, sem o seu prévio acompanhamento, sob pena de multa diária de R\$ 1.000,00.

A decisão merece reparos.

A Constituição Federal, em seu art. 220, autoriza a manifestação do pensamento, de expressão e informação, sob qualquer forma. O art. 6º do CDC, por sua vez, assegura que é direito básico do consumidor obter informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços postos a sua disposição.

Do efeito suspensivo, extrai-se importante lição dos doutrinadores José Cretela Neto, Francisco Gastão Luppi de Castro Filho, Nelson Nery Costa e Carlos Affonso Pereira de Souza, acerca do direito de informação (fl. 325):

Nossa constituição de 1988 estabelece que a expressão da atividade intelectual, artística e de comunicação poderá desenvolver-se livremente, isenta de censura (art. 5º, IX). Além disso, estipula que 'a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição' (art. 220, *caput*), e que nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV (art. 220, §1º) (Comentários à lei de imprensa: Lei n. 5.250, de 09-2-67 e alterações interpretadas à luz da Constituição Federal de 1988 e da Emenda Constitucional n. 36, de 28-5-02, Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 32).

Adiante, extrai-se, também, lição de Luiz Antonio Rizatto Nunes, sobre o direito de informar, de informar-se e de ser informado. Vejamos (fls. 326-327):

A informação, ou melhor, o direito de informação, na Constituição Federal pode ser contemplado sob três espécies:

- a) o direito de informar;
- b) o direito de se informar;
- c) o direito de ser informado.

O direito de informar é basicamente uma prerrogativa conferida pela Carta Magna; os outros dois são obrigações, e bastante relevantes para a questão do consumidor. Examinemos cada um deles.

O direito de informar

É uma prerrogativa constitucional (uma permissão) concedida às pessoas físicas e jurídicas. Vale ler o texto magno. É o dispositivo do *caput* do art. 220 que dispõe, in verbis:

'A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição'.

Essa norma é solidificada por outra pétrea das garantias fundamentais. A do inciso X do art. 5º, que dispõe, in verbis: 'é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença'.

[...]

Como decorrência do direito de informar, a norma fundamental deixou garantido o direito da informação jornalística, e já nesse aspecto até mesmo declarou certos limites. Leia-se a propósito o § 1º do citado art. 220, que dispõe:

'§1º Nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV' (grifamos).

O inciso X acabamos de comentar. De fato ele é um limite à informação em geral e à informação jornalística em particular.

Todavia, gostaríamos de recolocar nossa tese a respeito da informação jornalística e do interesse público que a norma envolve.

O direito de informação jornalística é, com efeito, simultaneamente um direito de receber informação jornalística. É o interesse público que está em jogo. Como a norma constitucional do direito de informar aparece com uma prerrogativa, isto é, está posta com o modal deônico da permissão, tem-se uma espécie de paradoxo: permissão dos dois lados. O direito de informar tem relação com o direito de ser informado.

Dois direitos, nenhum dever. O ciclo normativo mandar-obedecer não se completa.

Todavia, é exatamente esse outro direito de ser informado que vai permitir, em nossa, opinião, a construção da teoria capaz de fazer

com que, também, os limites estabelecidos no inciso X do art. 5º não sejam absolutos.

Se há direito de se informar há, portanto, interesse público e é este que definirá a possibilidade de ser transmitida a informação jornalística. (grifo nosso) (Curso de Direito do Consumidor, 3. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 49/50).

De outro lado, a agravante é uma associação civil de finalidade social, sem fins lucrativos, regida pela legislação vigente e pelo seu próprio estatuto, que tem por objetivo promover a defesa dos consumidores e cidadãos em geral (Estatuto Social, arts. 1º e 2º - fls. 29-30).

Destarte, se a Constituição Federal e o Código de Defesa do Consumidor asseguram o direito à informação acerca da qualidade dos produtos comercializados, e se a agravante tem por objetivo prestá-las, conforme se extrai do seu estatuto, não há razão para coibir a divulgação do resultado dos testes em discussão, mormente porque os consumidores possuem o direito de saber o que estão adquirindo.

No que toca à nulidade dos testes, porque não seguiram as normas técnicas e metodológicas adequadas, e porque não foram realizados por profissionais habilitados, estão desacompanhadas de provas, pelo que não merece guarida.

Já a afirmação de que eles não teriam sido realizados com os produtos da agravada é absurda, diante dos documentos constantes nos autos (fls. 86-105).

O fato de os exames terem sido feitos com produtos adquiridos em supermercados, e não diretamente da empresa agravada, por sua vez, não acarreta nenhuma nulidade no procedimento, pois são naqueles estabelecimentos que as mercadorias são postas à disposição dos consumidores e que devem estar aptas para o consumo.

Quanto à alegação de que a participação da agravada na realização dos testes era imprescindível para a sua validade (sob pena de violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa), não encontra amparo legal, pelo que a liminar não poderia ter sido deferida sob esse argumento.

De resto, eventual falsidade ou erro nos exames realizados pelos Laboratórios Bioagri e Cientec, e reproduzidos pela agravante e por

outros meios de comunicação (fls. 113 e 239-259), bem como excessos na divulgação dos resultados, praticados pela agravante, devem ser objeto de indenização e de direito de resposta, e não de proibição de informação pura e simples dos resultados. Para tanto, todavia, é necessária a instrução processual, o que ainda não ocorreu.

Certo é que, para a obtenção da liminar discutida (de proibição de informação), era necessário, no mínimo, que a autora tivesse trazido aos autos prova de que os seus produtos não apresentam os vícios/defeitos divulgados. Assim não fazendo, persiste o direito de divulgação.

Para concluir, quando direitos fundamentais entram em conflito (direito de informação x direito de imagem), deve prevalecer aquele que abarca maior número de pessoas, em atenção aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, que, no caso, são os consumidores, razão pela qual a divulgação dos testes não pode ser coibida.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso para autorizar que a agravante continue divulgando os testes realizados com os produtos da agravada.

DECISÃO

Nos termos do voto do Relator, a Segunda Câmara de Direito Civil decide, por unanimidade de votos, dar provimento ao recurso (disponível em <<http://tjsc6.tj.sc.gov.br/cposg/servlet/ServletArquivo?cdProcesso=01000CKW70000&nuSeqProcessoMv=96&tipoDocumento=D&cdAcordaoDoc=null&nuDocumento=1493516&pdf=false&enviarMsg=true>> acesso nesta data).

Como referido no aludido julgado – que, aliás, não foi derogado por precedentes contrários, seja desta Corte, seja das Cortes Superiores – mantenho o entendimento de que a abordagem jornalística dos testes efetuados pela *agravada*, com a publicação dos vícios de qualidade aferidos nos produtos comercializados pela *agravante*, efetivamente pode repercutir negativamente no mercado consumidor.

Entretanto, o art. 5º, inc. IX, da CF/88, preceitua que *‘é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;’*

Já o art. 220, da Carta Magna, determina que *‘a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição’*, ao passo que o § 1º, especifica que *‘nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no artigo 5º, IV, V, X, XIII e XIV’*.

Sobre a liberdade de abordagem, ODUVALDO DONNINI e ROGÉRIO FERRAZ DONNINI lecionam que:

O direito de informar é aquele que tem por finalidade comunicar opiniões, idéias ou notícias. É o direito que todos têm de veicular informações. O art. 220, caput, da Constituição Federal, prevê esse direito: "A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição". A intenção do legislador constituinte foi a de garantir o direito de informar, sem qualquer forma de restrição ou censura, salvo o direito de resposta (art. 5º, inciso V, da Constituição Federal).

Asseveram os aludidos doutrinadores que:

O direito de informar divide-se em direito à expressão pública de idéias ou opiniões e direito à transmissão pública de notícias. O primeiro é a faculdade de expressar o pensamento (conceitos, opiniões, idéias) por meio de qualquer forma de comunicação (escrita, falada, televisiva etc.), O segundo é o direito de transmitir à opinião pública notícias de qualquer espécie, através de um meio de comunicação apto à prática dessa atividade. A informação jornalística faz parte, portanto, do direito de informar, por se tratar de prática realizada por órgão capacitado e específico para essa finalidade. [...] Há quem sustente que o direito de informar e o direito de se informar fazem parte do direito à informação, que tem um duplo significado: o direito que qualquer pessoa tem de ser informado do que acontece e pode lhe interessar; e também o direito atribuído em especial aos jornalistas, repórteres, operadores de televisão e rádio de informar os leitores, telespectadores e ouvintes a respeito dos acontecimentos (DONNINI, Oduvaldo; DONNINI, Rogério Ferraz. Imprensa

livre, dano moral, dano à imagem, e sua quantificação à luz do novo código civil. São Paulo: Método Editora, 2002. p. 39-41).

Esta abordagem legal e doutrinária, presta-se a fazer crer que eventual vício nos testes levados a efeito nos produtos comercializados pela *agravada* não se correlacionam de forma direta com o direito de informação da publicação administrada pela *agravante*.

Portanto, há necessidade de se compreender a lide sob duas óticas distintas, destacando-se que, em havendo constatação posterior de parcialidade, inadequação, ou qualquer vício nos ensaios científicos resistidos, subsistirá direito de reparação à Leardini Pescados Ltda.

Contudo, cercear o direito à livre manifestação e divulgação de resultados, mormente quando indemonstrada a alegada má-fé de Pro Teste - Associação Brasileira de Defesa do Cidadão, constitui inaceitável afronta à garantia constitucional de livre informação e manifestação do pensamento.

E nem se alegue que com a revogação da Lei n.5.250/67 pelo Supremo Tribunal Federal o direito à livre manifestação do pensamento foi extirpado de nosso ordenamento, como quer fazer crer a *agravante*.

Com o resultado do julgamento majoritário da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.130, findaram, v. g., os parâmetros limitativos da indenização pelos danos à imagem e à honra, o direito de resposta e os crimes especiais, passando a regência dos fatos, o disposto na legislação ordinária e Constituição Federal, o que serve à manutenção da conclusão jurídica refutada por Leardini Pescados Ltda.

E nem se alegue, como referido nas razões de recurso, que o excesso de água constatado pela *agravada* nos produtos comercializados pela *agravante* se devem ao fato de os '*peixes e todos os seres aquáticos*' possuírem a água como *habitat* (fl. 335), visto que, dos documentos contidos no instrumento, percebe-se que nos pescados congelados foi aferido que o peso da

água pode representar até 43,1% do peso total do alimento (disponível em <<http://www.portaldodoconsumidor.gov.br/noticia.asp?busca=sim&id=4430>> acesso nesta data).

Assim sendo, considerando a premente necessidade de se resguardar o bem maior, constituído pelo direito de informação do consumidor acerca da qualidade e características dos pescados postos à venda pela *agravante*, bem como, ainda, o direito constitucional de liberdade de manifestação do pensamento, reitero a conclusão de que a veiculação da matéria jornalística, constituída por ensaio científico visivelmente imparcial – que apontou vícios, até mais graves, também nos produtos da concorrência da *agravante* – não pode ser proibida pelo Judiciário.

Como já destacado oportunamente, compreendo de suma relevância transcrever segmento de julgado do Des. Sérgio Roberto Baasch Luz, segundo o qual:

A respeito de crítica merecem serem transcritos ensinamentos doutrinários alinhados no corpo do V. Acórdão da Ap. Cível n. 43.122, de Curitiba, em que foi relator o MM. Des. Anselmo Cerello, que ao consignar afirmou que: "A crítica sensata, oportuna, construtiva, deveria ser reclamada por todos os governantes, homens públicos, cientistas, artistas, etc. Sem ela, a cultura seria, em suma, um remanso, jamais uma corrente. Por isso, alguns governantes (muito poucos, infelizmente) reclamaram, democraticamente, dos governados, com empenho, o exercício da crítica. Exemplo desse apelo se colhe no famoso 'Manifesto Sarratae', de 1820 de que, graças a Ballester, extraímos este eloqüente tópico: Hubo época desgraciada entre vosotros en que estas solas ideas eran un crimen. Mas ellas forma hoy toda la esperanza del bobierno desea que se le presenten muchas ocasiones de acreditaros practicamente que sahe respetar con fenerosidad las opiniones de los hombres y que jamás confundirá la opinion con los atentados". Como são raros, nos tempos modernos, os pronunciamentos desse gênero. Crítica é apreciação construtiva, reparadora, analítica, corregedora. Portanto, é material indispensável à cultura, nos meios civilizados. Quem teme a crítica desconfia de si próprio. Quando um governo é temeroso da

crítica, comecemos por desconfiar dele. Ou já é unitário, intocável, todo poderoso, ou está caminhando nessa direção. Não se faz crítica, porém, aquele que dela se serve apenas pelo prazer de contestar, de demolir, de menosprezar, de denegrir. Como adverte Nuvolone, 'será stranco all'attività critica ogni apprezzamento negativo imotivato o motivato da una mera animosità personale, e che trovi, pertanto, la sua base in una avversione di carattere sentimentale e non en una contraposizione si idee. (Direito de Imprensa - Ed. José Bushatski - SP, pág. 368).

Prossegue o preclaro julgador destacando que:

Nas bem lançadas palavras da douta togada monocrática: "É difícil distinguir entre crítica áspera e violenta e a ofensa punível, em face da necessidade de assegurar, numa sociedade aberta e democrática, o livre desenvolvimento de informação em relação aos administradores da coisa pública. É precisamente neste setor, que com maior violência se encontra as paixões dos homens e a manifestação do pensamento adquire certo tom mais emocional que racional. Está claro que as críticas da ré não se voltaram deliberadamente contra a pessoa da autora. A simples imoderação da linguagem, por si só, não caracteriza o delito. O 'animus narrandi', ou no máximo o 'animus criticandi', que se pode perceber nas publicações, neutralizam a intenção de difamar, máxime quando se trata de direitos da coletividade, em ter resguardada a lisura administrativa e sua moralidade, garantia da própria estabilidade Constitucional. Não se configura o crime se a expressão ofensiva for usada sem o propósito de ofender, mas sim, com o propósito de narrar, de debater, criticar e informar. (fls. 93/94).

E logo adiante conclui que:

In casu, não se discute o direito e o dever da imprensa de bem informar, em suas multifacetadas funções, trazendo a público os bastidores da vida política, já que o leitor tem igualmente o direito de ser corretamente informado. Todavia, a notícia não deve alcançar foros de injúria, de difamação, resvalando para o campo impróprio do ataque pessoal. Deve limitar-se aos fatos, extraíndo, se for o caso, o exame crítico da matéria, para melhor orientar o leitor. Não deve, por isso mesmo, ser veículo de achaques morais, de doesto, de impropério, de afronta, notadamente quando carregadas de

coloração política. Não há dúvida que a Constituição da República, no art. 5º, incisos IX e XIV, outorga a liberdade de comunicação, independentemente de censura ou licença, assegurando a todos acesso à informação. O direito à informação, no entanto, é também um dever, um direito-dever de bem informar ao leitor, em especial quando em confronto com o direito à inviolabilidade da intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas (artigo 5º, inciso X, da Constituição da República). É sempre importante um estudo dos princípios morais dos que atuam em órgãos de comunicação isso observar e, assim, devem as empresas de comunicação orientar as suas editoras e demais órgãos subordinados. Conforme já salientado o jus narrandi é peculiar ao jornalista e reporta, sempre, inconfundível, toda vez que a crítica, ainda que veemente, ou a narrativa mesmo vivaz e impressionante, revele a preocupação do bem ou do interesse social. O caráter investigativo com que foi efetivada a matéria, perquirindo acerca do suposto desvio de verbas para compra do material didático, bem como as críticas lançadas frente a ausência de explicações por parte de quem deveria, justamente, esclarecer e primar pelo princípio da transparência pelas coisas públicas, não acarretam desde logo, a indenização por eventuais ataques jornalísticos que visam, aprioristicamente, a transparência e transmitem, a princípio, a opinião crítica por atos procedimentais não bem elaborados e esclarecidos. Reafirme-se que o direito à indenização surge quando o noticiarista extravasa da narrativa e ataca o que se pretende ofendido, sem ligação direta com o fato narrado ou quando revela o intuito claro de atingir-lhe o decoro, a dignidade ou a reputação. Ora, sabendo-se que o animus injuriandi deve ser apurado do conjunto do escrito incriminado e não de suas palavras isoladas, percebe-se, nitidamente, que os textos ora impu-tados como injuriosos desta pecha não se viciam, uma vez que a crítica jornalística se demonstra extremamente necessária à evolução social. Afirme-se que apontar as falhas dos homens, criticar suas condutas, censurar o seu comportamento é um dever social indeclinável, sendo daqui que se exsurge a cautela extrema a ser adotada pelo magistrado, já que deverá averiguar, justamente, a conduta do crítico, não podendo incidir em erro inescusável" (Apelação Cível n. 98.011246-0, da comarca de São Bento do Sul. Rel. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz. Julgado em 27/08/2001).

Consoante já referido, se houve excesso no dever de informar, isso se resolverá por fim em perdas e danos.

O que não se deve admitir é o cerceio à liberdade de informação do consumidor acerca da qualidade dos produtos colocados em circulação no mercado de alimentos, bem maior a ser protegido na espécie, consoante orientação do Superior Tribunal de Justiça e desta Corte.

Neste sentido, ao tratar dos direitos básicos daqueles que consomem, estabelece o Código de Defesa do Consumidor, no seu art. 6º, que:

Art. 6º . São direitos do consumidor:

I - a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos;

II - a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações;

III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem;

IV - a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços;

V - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas;

VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;

VII - o acesso aos órgãos judiciários e administrativos com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção Jurídica, administrativa e técnica aos necessitados;

VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;

IX - (Vetado);

X - a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral.

Portanto, reiterando a conclusão de que a liberdade de manifestação do pensamento e de comunicação (arts. 5º, inc. X e 220 da CF/88), bem como o direito do consumidor à obtenção de informação clara e adequada sobre os diferentes produtos e serviços postos à sua disposição (art. 6º do CDC) se sobrepõem ao direito de imagem da *agravante*, e, especialmente diante da ausência de fundamento eficiente do direito conclamado e da existência de divergência jurisprudencial, compreendo que o recurso deve ser conhecido, mas, no mérito, há que se lhe negar provimento.

DECISÃO

Nos termos do voto do relator, decide a Câmara Civil Especial, por votação unânime, negar provimento ao recurso. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Excelentíssimo Senhor Desembargador Solon D'Eça Neves, com voto, e dele participou o Excelentíssimo Senhor Desembargador Substituto Rodrigo Tolentino de Carvalho Collaço. Funcionou como Representante do Ministério Público, o Excelentíssimo Senhor Doutor Basílio Elias de Caro.

Florianópolis, 20 de agosto de 2009.

Luiz Fernando Boller
RELATOR

Agravo (§ 1º art. 557 do CPC) em Agravo de Instrumento n. 2009.028736-2/0001.00, de Balneário Camboriú

Relator: Des. Luiz Fernando Boller

AGRAVO INOMINADO – DECISÃO QUE NEGA SEGUIMENTO AO RECURSO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO – ART. 557, § 1º, DO CPC – PENSÃO INSTITUÍDA EM SEDE DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA – ACIDENTE DE VEÍCULOS – FORTES INDÍCIOS DA CULPA E EMBRIAGUEZ DO AGRAVANTE, E, AINDA, DA INCAPACIDADE E NECESSIDADE DO AGRAVADO – DECISÃO A QUO SUFICIENTEMENTE FUNDAMENTADA – VÍCIO INEXISTENTE – PRESSUPOSTOS DO ART. 522 DO CPC INDEMONSTRADOS – RECLAMO DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo (§ 1º art. 557 do CPC) em Agravo de Instrumento n. 2009.028736-2/0001.00, da comarca de Balneário Camboriú (2ª Vara Cível), em que é agravante Marcos Salles Leyendecker, e agravado José Pedro dos Santos:

ACORDAM, em Câmara Civil Especial, por votação unânime, conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

RELATÓRIO

Cuida-se de agravo (art. 557, § 1º, do CPC) em agravo de instrumento interposto por Marcos Salles Leyendecker contra decisão que negou provimento ao recurso, por contrariar "*jurisprudência consolidada tanto nesta Corte quanto no STJ*" (fls. 279/285).

Fundamentando a insurgência, o recorrente sustenta que "*não se pode verificar se o Juiz de 1º Grau, perdeu ou não o rumo, em face da funda-*

mentação genérica apresentada para conceder a tutela antecipada" (fl. 293), insistindo que "*o juiz de origem, tinha que dizer, se foram os depoimentos dos agentes públicos que o convenceram da prova inequívoca, e não o juiz ad quem*" (fl. 294).

Concentrando a insurgência na alegada ausência de fundamentação da decisão *a quo*, sustenta que "*violou o Magistrado de origem, assim como o Relator, por manter a decisão de origem, o princípio da inocência, do contraditório e ampla defesa*" (fl. 295), classificando a conclusão como uma '*condenação antecipada*', motivo pelo qual, reiterando que o *agravante* percebe proventos de aposentadoria limitados a R\$ 1.895,00 (hum mil, oitocentos e noventa e cinco reais), e que estes ganhos são integralmente consumidos por suas despesas mensais, pugnou pelo provimento da insurgência, com o conhecimento e atribuição de efeito suspensivo ao recurso de agravo de instrumento, subsidiariamente reduzindo-se a pensão para R\$ 100,00 (cem reais) mensais (fls. 287/299).

É o relatório.

VOTO

O art. 557, do CPC, preceitua que:

O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.

CompuIsando os autos, depreende-se que o *agravante*, irresignado com o abortamento da pretensão recursal, motiva a atuação colegiada reeditando o argumento original, perseguindo a constituição de precedente que vai de encontro à viga-mestra do instituto da antecipação de tutela, ou seja, a prevenção de dano grave ou de difícil reparação.

E na espécie, como oportunamente consignado, MARCOS SALLES LEYENDECKER busca fazer crer que o magistrado *a quo* lhe teria condenado antecipadamente, deixando de fundamentar a decisão antecipatória.

Não há qualquer dificuldade, entretanto, para se convencer do acerto do magistrado *a quo*, que, apesar de sucinto, indicou com precisão a razão de seu convencimento, esclarecendo que:

Quanto ao primeiro requisito, qual seja, a verossimilhança da alegação lastreada em prova inequívoca, dos documentos acostados aos autos, constata-se que as cópias da ação penal instaurada contra o réu (005.06.018787-0) evidenciam a culpabilidade do réu pelo infortúnio que deu causa ao estado de paralisia dos membros inferiores do autor.

Já em relação ao segundo, do *periculum in mora*, tal reside no fato de que o autor encontra-se paraplégico (laudo fl. 50),s em aptidão para seu anterior trabalho (ajudante de motorista), deixando de auferir sua renda comprovada de R\$ 518,00 (quinhentos e dezoito reais) por mês (fl. 26).

Depreende-se de forma absolutamente nítida, que o *periculum in mora* foi aferido em razão do que consta nos documentos de fls. 26 e 50, ou seja, a incapacidade da vítima e seus rendimentos antes do evento danoso, ao passo que a *verossimilhança* emergiu da análise do traslado de cópia fotostática integral da Ação Penal – Júri n. 005.06.018787-0 (fls. 29/204 na origem).

Compreender que a decisão não foi fundamentada significa contrariar sedimentada jurisprudência desta Corte no sentido de que:

A nulidade da decisão se dá pela absoluta ausência de fundamentação, e não pela escassez de argumentos ou brevidade nas explicações do magistrado. Se, embora sucinta, a fundamentação existe, não se pode cogitar em ausência desta, observados os arts. 131, 165 e 458, inc. II, todos do CPC e 93, inc. IX, da CF/88. (Apelação Cível n.

2002.010850-8, de São José. Rel. Des. Fernando Carioni. Julgado em 08.04.2003)

Como já referido por este relator às fls. 279/285, robusta é a prova logo de início apresentada pelo *agravado* – e que foi referida expressamente pelo julgador singular – motivo pelo qual não há que se falar em violação ao disposto no art. 273, § 1º, do CPC.

Bem a propósito, o Desembargador JOEL DIAS FIGUEIRA JÚNIOR leciona que:

Pouco apropriada a expressão utilizada pelo legislador ao definir como requisito à concessão dos efeitos da tutela antecipatória a existência de prova inequívoca tendo-se em conta que, se o processo já trouxesse em seu bojo prova clara evidenciando os fatos e o direito alegado pelo autor sobre os quais fundamenta a sua pretensão, por certo causaria no magistrado um juízo de certeza capaz de convencê-lo a conceder a proteção satisfativa definitiva perseguida, por intermédio da sentença de mérito de procedência do pedido.

Contudo, verifica-se que, nesse particular, a mens legis assim como a mens legislatoris estão voltadas a nortear o aplicador da norma intensificando a necessidade de existência de um elenco probatório que, no caso concreto, seja hábil a formar no espírito do julgador um juízo de quase-verdade, isto é, capaz de convencê-lo da verossimilhança das alegações do autor. Em, outras palavras, não é suficiente para a obtenção da tutela antecipada a demonstração dos fatos articulados na inicial por intermédio de prova tênue, fazendo-se mister que a prova (qualquer tipo - desde que lícitas) seja robusta, forte, firme, harmônica e convergente a ponto de tornar factível a concessão da providência.

[...]

Considerando-se que a antecipação da tutela poderá ser concedida em qualquer tempo e grau de jurisdição, desde que ainda não tenha transitado em julgado a decisão final (v. item 3.6 supra), a fundamentação agasalhará qualquer tipo de prova legalmente admitida em direito, podendo encontrar-se incompleta ou em fase de produção. Aliás, isso pouco ou nada importa. O que interessa mesmo é que até o momento específico da prolação do decisum de acolhimento

da tutela, a prova produzida apresenta-se suficientemente forte para que o magistrado forme um juízo de quase-verdade ou quase-certeza, tendo-se em conta os efeitos diretos e reflexos que advirão em termos práticos da concessão da medida satisfativa, nada obstante interinal. (Comentários ao Código de Processo Civil, vol. 4, t. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 180/181)

Na espécie, como oportunamente referido, os princípios constitucionais do contraditório, presunção de inocência e devido processo legal não foram violados, mas apenas postergados para a fase processual adequada, tudo em razão do privilégio conferido à necessidade de imediata proteção do interesse jurídico do ofendido, com a minimização dos danos inatos à demora procedimental, resultante da natural observância dos princípios sobreditos, invocados pelo *agravante*.

Consta no instrumento, que em razão do acidente de veículos adiante detalhado, JOSÉ PEDRO DOS SANTOS ficou definitivamente paraplégico, "*com movimentos restritos nos membros superiores e atrofia nos inferiores*" (fl. 15), quadro bem sedimentado nos documentos de fls. 29 e 31, que ainda revelam a presença de pino de metal em sua coluna vertebral, destinado a consolidar fratura óssea.

Apesar de não ter efetuado a transcrição do quadro, o magistrado *a quo* referiu os documentos que informam o relato...

De outro vértice, há sobrepunção de documentos e declarações de agentes públicos dando conta de que em 10/09/2006, MARCOS SALLES LEYENDECKER estava conduzindo veículo automotor sob influência de elevado nível de alcoolemia, envolvendo-se no acidente de veículos que, além de acarretar a incapacidade definitiva de JOSÉ PEDRO DOS SANTOS, hoje com 31 (trinta e um) anos de idade, resultou na morte de CELSO RAIMUNDO JERÔNIMO, que à época contava apenas 27 (vinte e sete) anos de idade (fl. 135).

E este desditoso evento não constitui fato isolado, visto que em 27/01/2007, na condução do GM ASTRA GL de placas LZF-8912, o *agravante*, também sob o efeito de bebida alcoólica e com a habilitação vencida, teria fugido de fiscalização da Polícia Militar, imprimindo velocidade excessiva ao veículo, "*passando por cima do canteiro e derrubando os cones existentes entre o meio das pistas de rolamento*", desencadeando perseguição cinematográfica pela rodovia BR-101, em direção ao município de Itapema, resultando na destruição da viatura VTR-0279, e, logo após o posto da Polícia Rodoviária Federal próximo, a perda de controle de seu automotor, com a colisão contra uma sarjeta situada às margens da rodovia (fls. 47/48, 49, 59, 60, 61, 62, 63, 64, 79/80, 81, 82, 83, 84/85 e 86/87).

Gize-se que este segundo evento ocorreu após transcorridos pouco mais de 4 (quatro) meses depois da fatídica ocorrência, evidenciando habitualidade de reprovável conduta, e, por conseguinte, autorizando a aplicação do disposto no art. 273 do CPC.

Buscar tachar a decisão de omissa, diante deste quadro, beira a litigância de má-fé.

Aliás, como bem destacando pela Desembargadora Maria do Rocio Luz Santa Ritta em situação análoga,

Ainda que a parte alegue a intenção de ventilar matéria para fins de pré-questionamento, o julgador não é obrigado a examinar exaustivamente todos os dispositivos legais apontados pela recorrente quando a FUNDAMENTAÇÃO da decisão é clara e precisa, solucionando o objeto da lide. A atividade jurisdicional não se presta para responder a questionários interpostos pelas partes, provocar lições doutrinárias ou explicitar o texto da lei, quando a matéria controvertida é satisfatoriamente resolvida. (Apelação Cível n. 1998.009640-5, de Sombrio. Rel.^a Des.^a Maria do Rocio Luz Santa Ritta. DJ de 05/09/2003).

Por fim – relativamente à alegação de que o *agravante* sobrevive com proventos de aposentadoria de apenas R\$ 1.895,00 (hum mil, oitocentos e

noventa e cinco reais), sendo incapaz de suportar a pensão mensal arbitrada em proveito do agravado no importe de R\$ 518,00 (quinhentos e dezoito reais) – há que se destacar tanto a ausência de prova de que o *agravante* não mais exerce a titularidade da pessoa jurídica denominada LEY CONSULTORIA E INVESTIMENTOS LTDA. (fls. 69 e 70), bem como que não conta com outras fontes de recurso, familiares ou profissionais, para bancar as despesas domésticas.

Portanto, considerando que na fase indiciária o próprio *agravante* afirmou ser sócio-proprietário e representante legal da LEY CONSULTORIA E INVESTIMENTOS LTDA., insisto na inviabilidade de acolhimento da tese de hipossuficiência financeira.

Na Exposição de Motivos do Código de Processo Civil, ALFREDO BUZAID – lançando as raízes do moderno direito instrumental – já distinguia que:

O processo civil é um instrumento que o Estado põe à disposição dos litigantes, a fim de administrar justiça. Não se destina a simples definição de direitos na luta privada entre os contendores. Atua, como já observara BETTI, não no interesse de uma ou de outra parte, mas por meio do interesse de ambos. O interesse das partes não é senão um meio, que serve para conseguir a finalidade do processo na medida em que dá lugar àquele impulso destinado a satisfazer o interesse público da atuação da lei na composição dos conflitos. A aspiração de cada uma das partes é a de ter razão: a finalidade do processo é a de dar razão a quem efetivamente a tem. Ora, dar razão a quem a tem é, na realidade, não um interesse privado das partes, mas um interesse público de toda a sociedade.

E prossegue destacando que:

Assim entendido, o processo civil é preordenado a assegurar a observância da lei; há de ter, pois, tantos atos quantos sejam necessários para alcançar essa finalidade. Diversamente de outros ramos da ciência jurídica, que traduzem a índole do povo através de longa tradição, o processo civil deve ser dotado exclusivamente de meios racionais, tendentes a obter a atuação do direito. As duas exigências

que concorrem para aperfeiçoá-lo são a rapidez e a justiça. Força é, portanto, estruturá-lo de tal modo que ele se torne efetivamente apto a administrar, sem delongas, a justiça. (Exposição de Motivos do Código de Processo Civil. Lei n. 5.869, de 11.01.1973).

Depreende-se, pois, que o Magistrado deve primar pela observância dos princípios da celeridade e efetividade, adotando postura suficiente à prevenção ou minoração de eventuais danos afetos à demora na prestação da tutela jurisdicional.

Por conseguinte, reiterando a conclusão de que a decisão do juízo *a quo* revela-se adequada à espécie, frustrando em definitivo a pretensão recursal da *agravante*, compreendo que o recurso deve ser conhecido, mas, no mérito, há que se lhe negar provimento.

DECISÃO

Nos termos do voto do relator, decide a Câmara Civil Especial, por votação unânime, conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Excelentíssimo Senhor Desembargador Nelson Juliano Schaefer Martins, com voto, e dele participou o Excelentíssimo Senhor Desembargador Substituto Rodrigo Tolentino de Carvalho Collaço. Funcionou como Representante do Ministério Público, o Excelentíssimo Senhor Doutor Narcísio Geraldino Rodrigues.

Florianópolis, 09 de julho de 2009.

Luiz Fernando Boller
RELATOR

GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO

MANDADO DE SEGURANÇA

Mandado de Segurança n. 2006.011937-6 e Agravo Regimental em Mandado de Segurança n. 2006.011937-6/001.00, da Capital

Relator: Des. Sérgio Roberto Baasch Luz

MANDADO DE SEGURANÇA E AGRAVO REGIMENTAL - FUNDO DE PARTICIPAÇÃO DOS MUNICÍPIOS NA RECEITA DO ICMS - DISTRIBUIÇÃO DO MOVIMENTO ECONÔMICO DECORRENTE DO CONSUMO DE GÁS - CITAÇÃO DE TODOS OS MUNICÍPIOS DO ESTADO COMO LITISCONSORTES PASSIVOS NECESSÁRIOS – DESNECESSIDADE *IN CASU* - AUSÊNCIA DE INVASÃO DA ESFERA JURÍDICA DE TODOS ELES – EXCLUSÃO DA LIDE DEVIDA, À EXCEÇÃO DO MUNICÍPIO DE FLORIANÓPOLIS, O QUAL, POR SER DIRETAMENTE AFETADO POR EVENTUAL CONCESSÃO DA ORDEM, DEVERÁ INTEGRAR A LIDE COMO LITISCONSORTE PASSIVO NECESSÁRIO.

- O litisconsórcio passivo necessário "tem lugar se a decisão da causa propende a acarretar obrigação direta para o terceiro, a prejudicá-lo ou a afetar seu direito subjetivo" (RE n.º 85.774, Min. *Cunha Peixoto*, in RTJ 84/267; RE n.º 100.411, Min. *Francisco Rezek*, in RT 594/248).

ICMS – RATEIO DO VALOR ADICIONADO DO ICMS RELATIVO À COMERCIALIZAÇÃO DE GÁS CANALIZADO – ATRIBUIÇÃO AO MUNICÍPIO SEDE DA COMPANHIA DE

GÁS EM DETRIMENTO DAQUELES ONDE EFETIVADO O CONSUMO – OFENSA A DIREITO LÍQUIDO E CERTO – CONCESSÃO DA ORDEM PARA QUE A AUTORIDADE COATORA INCLUA, AOS IMPETRANTES, COMO VALOR ADICIONADO, O MONTANTE APRESENTADO PELA SC-GÁS REFERENTE AO GÁS CONSUMIDO PELOS MUNICÍPIOS IMPETRANTES – AGRAVO REGIMENTAL PREJUDICADO.

"Para composição dos índices de participação dos municípios na receita do ICMS (CF, art. 158, IV, e parágrafo único; LC 63/90, art. 3º, § 1º), o "valor adicionado" produzido pela venda de gás canalizado deve ser distribuído entre aqueles onde se verifica o consumo, proporcionalmente." (Embargos de Declaração em Mandado de Segurança nº 02.007189-2/0001.00, rel. Des. Newton Trisotto)." (Mandado de Segurança n. 2002.007273-2, da Capital. Relator: Des. *Cid Goulart*, j. em 12.04.06).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança n. 2006.011937-6, e de Agravo Regimental em Mandado de Segurança n. 2006.011937-6/0001.00, ambos da comarca da Capital (Tribunal de Justiça), em que é impetrante/agravante o Município de Blumenau e outros, e impetrado/agravado o Secretário de Estado da Fazenda e outros:

ACORDAM, em Grupo de Câmaras de Direito Público, por votação unânime, manter-se na lide o Município de Florianópolis, como litisconsorte passivo necessário, excluídos os demais municípios e, no mérito, concede-se a ordem, a fim de se determinar que a autoridade coatora inclua como valor adicionado para os ora impetrantes o montante apresentado pela SC-Gás, no exercício de 2004, referente ao gás consumido nos Municípios de Blumenau, Araquari, Cocal do Sul, Corupá, Criciúma, Gaspar, Guaramirim, Içara, Indaial, Itajaí, Jaraguá do Sul, Morro da Fumaça, Nova

Veneza, Rio Negrinho, São Bento do Sul, São Francisco do Sul, Tijucas, Timbó e Urussanga, prejudicado o agravo regimental. Sem custas.

RELATÓRIO

Trata-se de mandado de segurança impetrado pelos Municípios de Blumenau, Araquari, Cocal do Sul, Corupá, Criciúma, Gaspar, Guarimir, Içara, Indaial, Itajaí, Jaraguá do Sul, Morro da Fumaça, Nova Veneza, Rio Negrinho, São Bento do Sul, São Francisco do Sul, Tijucas, Timbó e Urussanga, contra ato coator perpetrado pelo Secretário de Estado da Fazenda, objetivando que a autoridade impetrada "seja instada a promover a agregação do valor adicionado da empresa Companhia de Gás de Santa Catarina, com inscrição estadual sob n. 253.028.655, referente ao ano base de 2004, a cada Município Impetrante, proporcionalmente ao consumo de gás natural ocorrido em seus territórios, tudo de acordo com a respectivas DIEFS – Declarações de Informações Econômico-Fiscais, e, via de consequência, que sejam publicados os novos índices de participação dos Municípios no produto da arrecadação do ICMS do Estado, aplicáveis ao exercício de 2006" (fl. 17).

Acrescentou que o mandado de segurança visa corrigir ato praticado pelo Secretário de Estado da Fazenda, "o qual adotou critério ilegal para distribuição da cota parte de ICMS destinado aos Municípios de Santa Catarina, relativamente ao valor adicionado da empresa Companhia de Gás de Santa Catarina, porquanto, ao invés de ser promovido o rateio do valor adicionado da mesma entre todos os Municípios em cujos territórios existem empresas consumidoras de gás natural, agregou-se o dito valor adicionado, na sua totalidade, ao Município de Florianópolis, pelo simples fato de este abrigar a sede administrativa da referida empresa" (fl. 04).

Salienta que o índice provisório relativo ao movimento econômico de 2004, publicado em 21 de outubro de 2005, contemplava corretamente

o valor adicionado devidamente rateado para os Municípios que abrigam estabelecimentos consumidores de gás natural, tudo de acordo com as decisões proferidas nos mandados de segurança n°s 2002.007189-2 e 2002.009329-2.

Informou que em face de referida publicação, o Município de Florianópolis apresentou recurso, pleiteando que todo o valor adicionado da empresa SC-Gás fosse computado em seu movimento econômico, ao argumento de que a sede da mesma está localizada em seu território, o que restou indeferido pelo Grupo de Trabalho, com fundamento no art. 3º, §1º, da Lei Complementar Federal n. 63/90.

Inconformado com tal decisão, o Município de Florianópolis inter pôs recurso administrativo em segunda instância, o qual restou provido, tendo a decisão, que ora se combate, sido publicada no Diário Oficial do Estado em 16.12.2005.

Desta forma, pugna pela concessão de liminar e posterior deferimento da segurança para que o valor adicionado da empresa Companhia de Gás de Santa Catarina, referente ao ano base de 2004, seja agregado a cada Município Impetrante, proporcionalmente ao consumo de gás natural ocorrido em seus territórios, tudo de acordo com as respectivas DIEFS – Declarações de Informações Econômico-Fiscais.

Indeferida a liminar pugnada (fls. 276/279), ocasião em que os impetrantes ingressaram com agravo regimental (fls. 286/304), a douta autoridade coatora restou devidamente notificada, ocasião em que prestou as necessárias informações (fls. 306/311) aduzindo, preliminarmente, quanto a inviabilidade de discussão sobre o índice de participação dos municípios via mandado de segurança, isto porque complexo o tema, além do que, argumentou quanto a impossibilidade jurídica do pedido haja vista que afronta a LC 63/90 e a Lei Estadual n. 10.297/96. No mérito, defendeu o método por ele utilizado de que o valor adicionado em razão das atividades

da SC-Gás deve ser creditado ao Município em que se localiza a sede da empresa, isto porque, deve ser observada a definição legal quanto ao fato gerador, definido pelo art. 5º, I, 'c' da Lei Estadual n. 10.297/96.

Igualmente, determinou-se a citação de todos os municípios do Estado de Santa Catarina, na qualidade de litisconsortes passivos necessários, ocasião em que, especialmente o município de Florianópolis apresentou contestação (fls. 520/524), ocasião em que defendeu a legalidade do ato praticado pela autoridade coatora.

Citados todos os municípios do Estado de Santa Catarina, ocasião em que alguns se manifestaram, quer seja defendendo o ato coator, quer seja atacando-o, quer seja indicando a ausência de interesse no feito por não lhes afetar a discussão ou, ainda, quedando-se inerte.

Remetido o feito a douta Procuradoria-Geral de Justiça, esta, com parecer da lavra do Dr. Gilberto Calado de Oliveira, indicando a ausência de interesse deste órgão relativamente ao feito, deixou de abordar o *meritum causae*. (fls. 2209/2210).

É o relatório.

VOTO

Pugnam os Municípios ora impetrantes, em síntese, combater ato coator perpetrado pelo Secretário de Estado da Fazenda o qual, determinou que a distribuição da cota parte de ICMS destinado aos Municípios de Santa Catarina, relativamente ao valor adicionado da empresa Companhia de Gás de Santa Catarina - SC Gás, fosse agregado, integralmente, ao Município de Florianópolis, pois este Município abriga a sede administrativa de referida empresa.

Argumentam os municípios impetrantes, que o valor agregado do ICMS pago pela SC Gás deverá ser rateado entre aqueles Municípios em

cujos territórios existam empresas consumidoras de gás natural, o que iria ao encontro do disposto na Lei Complementar Federal n. 63/90.

Antes da efetiva análise do mérito do presente *mandamus*, todavia, necessária a análise das questões processuais surgidas no desenrolar da lide, traduzidas não apenas nas preliminares aduzidas pela autoridade coatora mas, também, da efetiva análise da necessidade de incidência do litisconsórcio passivo necessário indicado na inicial e adotado pelo despacho proferido pelo saudoso Des. Nicanor da Silveira, ocasião em que se determinou a citação de todos os Municípios integrantes deste Estado Federativo.

Frise-se que a formação de litisconsórcio necessário está disciplinada no *caput* do artigo 47 do Código de Processo Civil, *in verbis*:

"Art. 47. Há litisconsórcio necessário, quando, por disposição de lei ou pela natureza da relação jurídica, o juiz tiver de decidir a lide de modo uniforme para todas as partes; caso em que a eficácia da sentença dependerá da citação de todos os litisconsortes no processo."

A respeito, ensina *Humberto Theodoro Junior*:

"Litisconsórcio necessário, ativo ou passivo, é aquele sem cuja observância não será eficaz a sentença, sendo por exigência da própria lei, sendo pela natureza da relação jurídica litigiosa. Ocorrerá, em síntese, nas seguintes hipóteses: a) quando a lei determinar expressamente, podendo ser ativo ou passivo; b) quando, frente a vários interessados, pela natureza da relação jurídica, a lide tiver de ser decidida de modo uniforme para todas as partes, caso que só ocorre com o litisconsórcio passivo. O que, de fato, torna necessário o litisconsórcio é a forçosa incidência da sentença sobre a esfera jurídica de várias pessoas. Sem que todas elas estejam presentes no processo, não será possível emitir um julgado oponível a todos os envolvidos na relação jurídica material litigiosa e, conseqüentemente, não se logrará uma solução eficaz do litígio" (Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. Rio : Forense, 2005, p. 124).

No presente caso, denota-se que inexistente legislação determinando o litisconsórcio entre os vários municípios, do que, restaria a análise do segundo fundamento, qual seja, se decorrente da natureza da relação jurídica, a lide tiver de ser decidida de modo uniforme para os vários interessados.

E, nesta perspectiva, igualmente, inexistente fundamento para manter-se o litisconsórcio passivo necessário indicado, isto porque, como a pretensão manejada se refere à agregação do valor do ICMS adicionado decorrente da empresa SC Gás a cada Município Impetrante, proporcionalmente ao consumo de gás natural ocorrido em seus territórios e, acaso deferido o pedido, ocorrerá a alteração dos índices apenas daqueles municípios em que há empresas consumidoras da energia oferecida pela SC Gás, por certo que apenas estes possuem interesse para figurar no pólo ativo da demanda. Ademais, como atualmente apenas o Município de Florianópolis poderá ser prejudicado, em tese, pela decisão aqui a ser proferida, pois este o verdadeiro beneficiado pela decisão proferida pelo Secretário da Fazenda, o qual considerou este Município como o único a receber a cota parte decorrente do valor adicionado do ICMS originado da empresa SC Gás, pois ali sediada a empresa referida, apenas este Município poderá ser considerado, verdadeiramente, como litisconsorte passivo necessário na presente demanda.

Lembre-se que o litisconsórcio necessário "tem lugar se a decisão da causa propende a acarretar obrigação direta para o terceiro, a prejudicá-lo ou a afetar seu direito subjetivo" (RE n.º 85.774, Min. *Cunha Peixoto*, in RTJ 84/267; RE n.º 100.411, Min. *Francisco Rezek*, in RT 594/248).

Igualmente, este Tribunal já apontou que "No mandado de segurança, em que eventual deferimento do pedido implicaria alteração no direito de terceiros, devem estes integrar a lide, na qualidade de litisconsortes passivos necessários." (MS n. 99.021209-2, da Capital, Rel. Des. *Volnei Carlin*).

Neste desiderato, considerando-se que da decisão aqui a ser proferida apenas o Município de Florianópolis poderá ser diretamente afetado, pois minorada sua receita decorrente do ICMS ali gerado, apenas este *in casu* poderá ser considerado como litisconsorte passivo necessário.

Observe-se que esta mesma decisão encontra precedentes neste Tribunal o qual, em julgamentos anteriores relativos a esta mesma matéria, considerou como litisconsorte passivo necessário, tão somente, este mesmo Município.

Colhe-se da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

"RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO. AUSÊNCIA DE DETERMINAÇÃO JUDICIAL PARA CITAÇÃO DO LITISCONSORTE. ANULAÇÃO. ART. 47, CPC.

"I - Necessidade de que os candidatos nomeados no certame em decorrência da nova classificação sejam citados para integrar a lide, posto que a eventual concessão da segurança implicará necessariamente invasão da esfera jurídica destes. Litisconsórcio necessário. (Precedentes).

"II – Tal aspecto decorre de imposição legal (art. 47, CPC), cuja inobservância conduz à nulidade absoluta.

"Recurso ordinário parcialmente provido para, anulando-se o processo a partir das informações, determinar a intimação do impetrante a fim de que promova a citação dos litisconsortes passivos necessários." (RMS 20780/RJ, Rel. Min. *Felix Fischer*, j. 09.08.2007, DJU 17.09.2007, p. 307). (grifou-se).

Repita-se, como apenas o Município de Florianópolis terá sua esfera jurídica afetada com a presente decisão, há de se entender que apenas ele possui legitimidade passiva necessária para figurar no pólo passivo da demanda, do que, há de se excluir da lide todos os demais Municípios, inclusive, restando prejudicadas as defesas por eles eventualmente apresentadas.

Feitas estas considerações, ingressa-se na análise das preliminares suscitadas pelo Secretário de Estado da Fazenda, constantes nas informações por ele prestadas.

Aduz a autoridade coatora que inviável o conhecimento do presente mandado de segurança, isto porque, inexistente direito líquido e certo a ser amparado pelo presente remédio constitucional sob dois fundamentos. O primeiro consistente no fato de que a discussão sobre o índice de participação dos municípios é complexa, do que, inviável sua análise via *mandamus* e, a segunda, consistente na impossibilidade jurídica do pedido, ante a manifesta afronta a Lei Complementar n. 63/90 e Lei Estadual n. 10.297/96.

Relativamente a primeira preliminar suscitada, traduzida na assertiva de que inviável o manejo de mandado de segurança por ser a questão de funda de alta indagação, por certo que deverá ser afastada.

O simples fato do mandado de segurança trazer questões complexas a serem examinadas, por certo que não inviabilizam a análise do mérito da questão, isto porque, o requisitos intransponível a ser observado será a existência de matérias de direito apenas a ser nele debatida.

Esclareça-se que, tratando-se os autos de questão meramente de direito, por mais complexa que seja, a via do mandado de segurança se revela adequada. Por certo que ausente qualquer controvérsia nos autos acerca de matéria fática, sendo a prova documental carreada aos autos bastante clara e não havendo necessidade de qualquer dilação probatória para o deslinde da demanda, tem-se que possível a análise da legalidade ou não do ato praticado pelo Secretário da Fazenda pela via do *writ of mandamus*.

Já o segundo argumento deduzido, traduzido na impossibilidade jurídica do pedido ante a manifesta afronta ao disposto na Lei Complementar n. 63/90 e Lei Estadual n. 10.297/96, ou seja, leis estas que tratam

justamente do mérito da presente demanda, por confundir-se com ele, lá deverá ser devidamente apreciada.

O mérito da presente lide se restringe a saber se para a composição dos índices de participação dos municípios na receita do ICMS, o valor adicionado produzido pela venda de gás canalizado deve ser distribuído entre aqueles municípios onde se verifica o consumo, de forma proporcional, ou apenas àquele município onde localizada a sede da empresa SC-Gás.

Assim é que, formulam os impetrantes pedido para que o rateio do valor adicionado da empresa Companhia de Gás e Santa Catarina, referente ao ano base de 2004, seja rateado entre eles, proporcionalmente ao consumo de gás natural ocorrido em seus territórios, nos termos da legislação de regência.

Diversamente, pretendem os impetrados, quais seja, o Secretário de Estado da Fazenda e o Município de Florianópolis, a manutenção do método por eles utilizado, consistente na agregação deste valor, exclusivamente, ao Município de Florianópolis, pois ali fica a sede administrativa de referida empresa.

O problema, em verdade, está no confronto entre o disposto no inciso I, do artigo 3º, da Lei Complementar n. 63/90 e o art. 5º, I, 'c', da Lei Estadual n. 10.297/06.

O art. 3º, I, da LC 63/90, artigo este o qual, em leitura conjunta com o disposto no art. 161, da CRFB, trata da repartição das receitas tributárias entre Estados e municípios, determina que:

"Art. 3º - 25% (vinte e cinco por cento) do produto da arrecadação do imposto sobre Operações relativas à Circulação de mercadorias e sobre a Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação serão creditados, aos respectivos Municípios, conforme os seguintes critérios:

I – 3/4 (três quartos), no mínimo, na proporção do valor adicionado nas prestações de serviços, realizadas em seus territórios;

II – até 1/4 (um quarto), de acordo com o que dispuser lei estadual ou, no caso dos territórios, lei federal." (grifou-se).

Note-se que em âmbito estadual, a Lei n. 8.203/90, fixou o percentual devido nos seguintes termos:

I - 85% (oitenta e cinco por cento) , com base na relação percentual entre o valor adicionado nas operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviço de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação, realizado em cada Município e o valor adicionado do Estado, apurado segundo o disposto na Lei Complementar Federal;

II - 15% (quinze por cento), em partes iguais entre todos os Municípios do Estado." (grifou-se).

Estas normas citadas, por certo, determinaram que do valor de 25% do ICMS recolhido pelo Estado de Santa Catarina, 85% seria destinado aos Municípios em que realizada a circulação de mercadoria ou prestação de serviço.

Interpretando este dispositivo, aduzem os impetrantes que esta verba seria destinada aos municípios em que, efetivamente, ocorrida a circulação de mercadoria ou prestação de serviços; diversamente, a autoridade coatora e o Município de Florianópolis argumentam que o crédito do valor adicionado deve ser destinado a este último, isto porque, ali instalada a sede da empresa SC Gás, local este em que realizado o fato gerador da obrigação tributária.

Ocorre que esta matéria já é bastante conhecida deste Colendo Grupo de Câmaras de Direito Público o qual, de forma reiterada, tem se manifestado que o rateio do valor adicionado relativo à comercialização de gás canalizado deve efetivar-se entre aqueles municípios em que houve o efetivo consumo desta energia, senão veja-se:

"MANDADO DE SEGURANÇA – ICMS – RATEIO DO VALOR ADICIONADO RELATIVO À COMERCIALIZAÇÃO DE GÁS – ATRIBUIÇÃO AO MUNICÍPIO SEDE DA COMPANHIA DE GÁS EM DETRIMENTO DAQUELES ONDE HÁ CONSUMO – OFENSA A DIREITO LÍQUIDO E CERTO – CONCESSÃO PARCIAL DA ORDEM PARA QUE A AUTORIDADE COATORA INCLUA, AO IMPETRANTE, COMO VALOR ADICIONADO, O MONTANTE APRESENTADO PELA SC-GÁS REFERENTE AO GÁS CONSUMIDO PELO MUNICÍPIO DE CRICIÚMA.

'Para composição dos índices de participação dos municípios na receita do ICMS (CF, art. 158, IV, e parágrafo único; LC 63/90, art. 3º, § 1º), o "valor adicionado" produzido pela venda de gás canalizado deve ser distribuído entre aqueles onde se verifica o consumo, proporcionalmente.' (Embargos de Declaração em Mandado de Segurança nº 02.007189-2/0001.00, rel. Des. Newton Trisotto)." (Mandado de Segurança n. 2002.007273-2, da Capital. Relator: Des. *Cid Goulart*, j. em 12.04.06).

"Mandado de Segurança. ICMS. Rateio do valor adicionado relativo à comercialização de gás. Atribuição ao município sede da companhia de gás em detrimento daqueles onde há consumo. Ofensa a direito líquido e certo. Concessão da ordem.

'Para composição dos índices de participação dos municípios na receita do ICMS (CF, art. 158, IV, e parágrafo único; LC 63/90, art. 3º, § 1º), o "valor adicionado" produzido pela venda de gás canalizado deve ser distribuído entre aqueles onde se verifica o consumo, proporcionalmente'. (Embargos de Declaração em Mandado de Segurança nº 02.007189-2/0001.00, rel. Des. Newton Trisotto)." (Mandado de Segurança n. 2002.009329-2, da Capital. Relator: Des. *Pedro Manoel Abreu*, j. em 10.08.05).

"MANDADO DE SEGURANÇA - FUNDO DE PARTICIPAÇÃO DOS MUNICÍPIOS NA RECEITA DO ICMS - DISTRIBUIÇÃO DO MOVIMENTO ECONÔMICO DECORRENTE DO CONSUMO DE GÁS - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Para composição dos índices de participação dos municípios na receita do ICMS (CF, art. 158, IV, e parágrafo único; LC 63/90,

art. 3º, § 1º), o "valor adicionado" produzido pela venda de gás canalizado deve ser distribuído entre aqueles onde se verifica o consumo, proporcionalmente." (Embargos de Declaração em Mandado de Segurança nº 02.007189-2/0001.00, rel. Des. *Newton Trisotto*). (grifo nosso).

Importante trazer-se a lhome os fundamentos invocados pelo Des. *Pedro Manoel Abreu* quando do julgamento do MS 2002.009329-2 retro indicado, cujo trecho passo a transcrever, utilizando-o como razão de decidir:

"(...), sendo incontroverso que o gás distribuído pela SC-GÁS é consumido em vários municípios do Estado, entre os quais o ora impetrante, resta configurado o direito deste ao rateio dos valores provenientes da comercialização de tal produto em seu território, porquanto foi no mesmo que se consumou o fato gerador do ICMS, que é a circulação de mercadorias, ou seja, a mudança de titularidade jurídica do bem.

"Acerca do local em que o imposto deve ser computado, colhe-se da decisão interlocutória proferida pelo Des. Luiz César Medeiros nestes autos:

"Conforme o disposto no Regulamento do ICMS (art. 4º, inc. I, do Decreto n. 2.870, de 27.08.01), o valor do imposto deve ser computado onde efetivamente ocorreu o consumo do produto e não apenas no Município em que está localizada a sede da empresa. Assim, tenho como procedente a pretensão do Município impetrante em receber como valor adicionado o montante apresentado pela SC-Gás referente ao gás consumido em Morro da Fumaça. Ademais, não há como prosperar a alegação do Município de Florianópolis referente aos prejuízos, posto que não poderia ser consolidada uma situação ilegal. É evidente que deverá suportar o decréscimo no repasse do ICMS em função da correção operada, justamente por estar sendo computado ilegalmente a seu favor, a totalidade do ICMS pago pela empresa SC-Gás." (fls. 181/182).

"Nesse sentido, também é o parecer proferido pelo Procurador de Justiça Sérgio Antônio Rizelo: 'Destarte, a operação mercantil entre as empresas sediadas no Município Impetrante e a SC-GÁS se aperfeiçoa quando aquelas pessoas jurídicas se apossam fisicamente da mercadoria que a distribuidora coloca as suas disposições. Neste momento é que se verifica a circulação da mercadoria, juridicamente entendida esta como a transferência da titularidade do citado fluido compressível.' (fls. 197)"

Este Sodalício, então, vem entendendo que, em hipóteses como a dos autos, resta configurado o direito dos impetrantes ao rateio dos valores provenientes da comercialização do gás canalizado em seu território, isto levando-se em consideração o fato de que, como o fato gerador do ICMS é a circulação de mercadorias com a mudança de titularidade jurídica do bem, e com o consumo do gás canalizado é que efetivamente houve a circulação da mercadoria, é no município em que comercializada esta energia que se consumou o fato gerador do ICMS.

Nítido, desta forma, a procedência das alegações dos impetrantes, do que, há de se conceder a ordem ora postulada, afigurando-se manifestamente improcedente a preliminar suscitada pela autoridade coatora de impossibilidade jurídica do pedido, pois o pedido não é contrário aos ditames da LC 63/90.

Diante do exposto, sendo matéria pacífica perante este egrégio Tribunal, concede-se a segurança - tendo em vista a limitação do presente *mandamus* aos interesses dos impetrantes - para que a autoridade coatora inclua, como valor adicionado, para os ora impetrantes, o montante apresentado pela SC-GÁS referente ao gás consumido nos Municípios de Blumenau, Araquari, Cocal do Sul, Corupá, Criciúma, Gaspar, Guarimirim, Içara, Indaial, Itajaí, Jaraguá do Sul, Morro da Fumaça, Nova Veneza, Rio Negrinho, São Bento do Sul, São Francisco do Sul, Tijucas, Timbó e Urussanga.

Ante a análise do mérito da presente lide, resta prejudicado o agravo regimental interposto às fls. 286/304.

DECISÃO

Ante o exposto, por votação unânime, manter-se na lide o Município de Florianópolis, como litisconsorte passivo necessário, excluídos os demais municípios e, no mérito, concede-se a ordem, a fim de se determinar que a autoridade coatora inclua como valor adicionado para os ora impetrantes o montante apresentado pela SC-Gás, no exercício de 2004, referente ao gás consumido nos Municípios de Blumenau, Araquari, Cocal do Sul, Corupá, Criciúma, Gaspar, Guaramirim, Içara, Indaial, Itajaí, Jaraguá do Sul, Morro da Fumaça, Nova Veneza, Rio Negrinho, São Bento do Sul, São Francisco do Sul, Tijucas, Timbó e Urussanga, prejudicado o agravo regimental.

Sem custas, sendo indevida a condenação em verba honorária, nos termos das súmulas 512 do STF e 105 do STJ.

O julgamento, realizado em 12 de agosto de 2009, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Pedro Manoel Abreu, com voto, e dele participou os Exmos. Srs. Des. Newton Trisotto, Luiz César Medeiros, Vanderlei Romer, José Volpato de Souza, Cid Goulart, Newton Janke, Sônia Maria Schmitz e Ricardo Roesler.

Florianópolis, 13 de agosto de 2009.

Sérgio Roberto Baasch Luz
RELATOR

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

APELAÇÃO CÍVEL

Apelação Cível n. 2006.041838-4, de Tubarão

Relator: Des. Carlos Adilson Silva

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS E MATERIAIS. DIREITOS AUTORAIS. PROGRAMA DE COMPUTADOR *"ASSISTENTE TÉCNICO PARA CÁLCULOS TRABALHISTAS"*. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DE "SOFTWARE" NÃO COMPROVADA. ÔNUS PROBATÓRIO DO AUTOR. EXEGESE DO ART. 333, I, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. PROVA PERICIAL CONCLUDENTE PARA DIRIMIR O LITÍGIO. PROGRAMA QUE, ANTERIORMENTE, ENCONTRAVA-SE DISPONÍVEL A QUALQUER USUÁRIO DA INTERNET. REPRODUÇÃO PELA RÉ EM CD-ROM (DISCO COMPACTO-MEMÓRIA SOMENTE LEITURA) NO FORMATO "SHAREWARE", OU SEJA, APENAS PARA DEMONSTRAÇÃO. "CD" QUE INDICAVA COM CLAREZA O AUTOR E A FORMA DE AQUISIÇÃO DO PRODUTO COMPLETO, MEDIANTE PAGAMENTO DIRETAMENTE AO TITULAR DO PROGRAMA. LUCRO NÃO AUFERIDO PELA VINCULANTE. INTERPRETAÇÃO DO ART. 6º, II, DA LEI N. 9.609/98. ATO ILÍCITO INEXISTENTE. DEVER DE INDENIZAR NÃO CARACTERIZADO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA MANTIDA, INCLUSIVE A VERBA HONORÁRIA ARBITRADA. RECURSO IMPROVIDO.

O magistrado formará o seu convencimento observando as peculiaridades do caso concreto, valendo-se de outros meios de provas que as partes lhe proporcionarem, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, conforme entendimento do art. art. 131 do CPC.

De todo o conjunto probatório, principalmente da perícia técnica, resta evidente que a empresa ré não incorreu em qualquer ato ilícito contra os direitos autorais do autor, porquanto o *software* já estava disponível na *internet* e acessível a qualquer interessado, anteriormente a sua distribuição em cd-rom, bem como foi comprovado que a demandada não tinha nenhum interesse em obter lucros com a divulgação do programa, uma vez que indicava expressamente a forma de aquisição e a quem pertencia o *software* "assistente técnico para cálculos trabalhistas".

Denomina-se "*Shareware*" uma categoria de programas que são distribuídos pela *internet*, sem custo, a título de demonstração. Se gostar, o usuário poderá registrar sua cópia mediante pagamento direito ao desenvolvedor.

A Lei de Software (Lei n. 9.609/98), em seu art. 6º, II, esclarece que a citação parcial de programa, para fins didáticos, desde que identificados o programa e o titular dos direitos respectivos, não constitui ofensa aos direitos do titular do programa.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2006.041838-4, da comarca de Tubarão (3ª Vara Cível), em que é apelante Fabiano Albino da Silva, e apelado CD Expert Editora e Distribuidora Ltda:

ACORDAM, em Primeira Câmara de Direito Civil, por votação unânime, conhecer do recurso e negar-lhe provimento. Custas legais.

RELATÓRIO

Fabiano Albino da Silva ajuizou ação de reparação de danos materiais e morais contra CD Expert Editora e Distribuidora Ltda., alegando, em síntese, que a ré veiculou a edição n. 22 da revista "PC Expert" acompanhada de dois CDs-ROM, sendo que um deles continha o programa "assistente para cálculo trabalhista", de sua autoria, porém, sem sua autorização expressa ou tácita.

Ressaltou que o preço de venda do referido programa era de R\$ 49,00, sendo que a revista foi comercializada pelo preço de R\$ 14,90, com tiragem de aproximadamente 75.000 exemplares.

Acrescentou que a autoria do programa restou definida por perícia técnica, realizada no Inquérito Policial n.075.02.000551-7.

Aduziu, também, que o produto foi direcionado e distribuído a público diverso do que almejava, e vinculado a valores, publicidade e propaganda não ideais para a obra, acrescentando que o planejamento de marketing e as ações mercadológicas restaram frustradas.

Pugnou pela condenação da ré ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R\$ 500.000,00, bem como de danos materiais no montante de "75.000 vezes o valor de cada programa (R\$ 49,00)".

Citada, a ré apresentou resposta na forma de contestação (fls. 77-92), arguindo, preliminarmente, a ilegitimidade ativa *ad causam*.

Ainda, em sede de prefacial, alegou que não há pedido certo e determinado quanto ao reconhecimento de uso, comercialização e disponibilização gratuita e indevida do *software*, ressaltando, ainda, que a qualificação do autor na peça exordial está incompleta.

No que tange ao mérito, salientou que a vinculação do produto ocorreu apenas a título de demonstração, na condição de "*shareware*",

ressaltando que se for interessante para o usuário poderá registrar o produto para uso, mediante pagamento diretamente a quem desenvolveu o software. Esclareceu que o produto estava disponível também na internet, no mesmo formato de *shareware*.

Acrescentou que o CD, vinculado a revista que distribuiu, mencionava que o produto não era gratuito e necessitava de licença para sua utilização, informando o detentor dos direitos autorais como a Global Software. Esclareceu que a demonstração do produto estava auxiliando o autor na divulgação daquele.

Por fim, pugnou pela improcedência total dos pedidos.

Oferecida réplica (fls. 185-194) e realizada perícia (fls. 300-332), foram apresentadas alegações finais (fls. 388-391 e 401-405).

Sobreveio aos autos sentença (fls. 408-419), na qual o Magistrado julgou improcedentes os pedidos inaugurais, e condenou o autor ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes arbitrados em R\$ 5.000,00, cuja exigibilidade ficaria suspensa por força do art. 12, da Lei n. 1060/50.

O autor, irredimido, interpôs recurso de apelação (fls. 427-434) pugnando, inicialmente, pela cassação do *decisum*, sob o argumento de que a ré ao confirmar suas alegações, produz confissão expressa, levando a efeito a revelia.

Quanto ao mérito, afirma que o cerne da questão consiste na comercialização de seu software sem prévia autorização, sendo irrelevante o fato do programa já estar disponibilizado na *internet*, discorrendo acerca da desnecessidade de prova do efetivo prejuízo sofrido quando se trata de propriedade intelectual e direitos autorais.

Pugna pela reforma total da sentença, condenando-se a ré ao pagamento de danos morais e materiais conforme o pleito inicial.

Apresentadas as contrarrazões às fls. 458-460.

Empós, os autos ascenderam a esta Corte de Justiça, culminando por serem distribuídos à eminente Desembargadora Maria do Rocio Luz Santa Ritta e redistribuídos a este Relator, designado para atuar como cooperador deste Órgão Fracionário.

VOTO

Trata-se de apelação cível interposta contra sentença que julgou improcedentes os pedidos formulados por Fabiano Albino da Silva, visando a condenação de CD Expert Editora e Distribuidora Ltda. Ao pagamento de indenização por danos morais e materiais em razão da distribuição do programa "assistente para cálculo trabalhista" de sua autoria, sem previa autorização.

Inicialmente, alegou o apelante que estaria configurado o instituto da revelia, uma vez que a ré teria confirmado algumas das suas alegações, tratando-se, portanto, de confissão expressa.

Razão não assiste ao apelante.

O Códido de Processo Civil em seu Capítulo III, Da Revelia, é bastante claro ao dispor em seu art. 319 que somente "se o réu não contestar a ação, reputar-se-ão verdadeiros os fatos afirmados pelo autor."

No caso em apreço, a ré, ora apelada, ofereceu resposta na forma de contestação às fls. 77-92, logo, não há que se falar em revelia.

Concernente ao mérito, a matéria ventilada nos autos encontra-se regulada pela Lei n. 9.609, de 19 de fevereiro de 1998, que dispõe sobre a proteção da propriedade intelectual de programa de computador, sua comercialização no País, e dá outras providências.

Reza o art. 1º da Lei de Software que "Programa de computador é a expressão de um conjunto organizado de instruções em linguagem natural ou codificada, contida em suporte físico de qualquer natureza, de emprego necessário em máquinas automáticas de tratamento da informação, dispositivos, instrumentos ou equipamentos periféricos, baseados em técnica digital ou análoga, para fazê-los funcionar de modo e para fins determinados."

Cinge-se a presente controvérsia quanto à distribuição, pela apelada, de *software* de autoria do apelante sem sua prévia autorização.

In casu, depreende-se que o autor não logrou êxito em comprovar os fatos constitutivos do seu direito, conforme determina o art. 333, I, do Código de Processo Civil.

Do contrário, o próprio apelante afirma, à fl. 192, que "todos os interessados podem, se assim pretenderem, efetuar o download do software, nos meios de comunicação autorizados pelo Autor/proprietário do programa."

Assim, a reprodução do programa "assistente para cálculo trabalhista" em CD, distribuído juntamente com revista vendida pela apelada, não é ilegal, posto que foi tacitamente autorizada pelo apelante ou por sua empresa ao disponibilizá-lo em meio passível de ser acessado por qualquer pessoa como a internet.

Embora o artigo 9º da Lei de *Software* tenha estabelecido que o uso de programas de computador no Brasil será objeto de contrato de licença, se o usuário não dispuser de qualquer outro mecanismo de controle fornecido pelo fabricante, como documento fiscal relativo à aquisição ou licenciamento de cópia, envio de formulário de registro a posteriori ou contra-senhas de acesso, essa omissão, a princípio, não importará na presunção de irregularidade de licenciamento.

Este entendimento foi adotado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, quando do julgamento da Apelação Cível n. 70005543590, da relatoria do Desembargador Leo Lima:

De acordo com o art. 9º da Lei nº 9.609/98, que dispõe sobre a proteção da propriedade intelectual de programa de computador, a regularidade do uso de um software é comprovada mediante a apresentação do respectivo contrato de licença.

Porém, o parágrafo único da apontada norma legal estabelece que, na hipótese de eventual inexistência do contrato, o documento fiscal relativo à aquisição ou licenciamento de cópia servirá para comprovar a regularidade do seu uso.

Destarte, mesmo inexistindo contrato de licença ou documento fiscal, o magistrado formará o seu convencimento observando as peculiaridades do caso concreto, valendo-se de outros meios de provas que as partes lhe proporcionarem, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, conforme entendimento do art. 131 do CPC.

Novamente, importante ressaltar que o *software* "Assistente para cálculo trabalhista" encontrava-se disponível para cópia gratuita e avaliação no endereço <http://www.globalsoftware.com.br/software/calc/download>. Asp (fl. 182).

Discorrendo sobre o assunto, Alexandre Atheniense leciona:

A experiência tem mostrado que nem todos os fabricantes de *software* se compenetraram desta exigência legal ao adotarem a prática de venda de *softwares* de prateleira ou através de *download* pela Internet.

Atualmente, no mercado de *softwares*, com a consolidação do uso da Internet como a maior vitrine mundial para a cessão de uso, as formalidades adotadas pelos fabricantes na celebração de contratos de licenciamento vêm sendo reduzidas, afetando o controle da utilização através de proteções desenvolvidas a partir do código de programação.

Freqüentemente, deparamo-nos com contratos em que a adesão do usuário às cláusulas de licenciamento resume-se a alguns "cliques" do mouse, importando numa singela formalidade de manifestação de vontade. (Análise Jurisprudencial sobre Contrafação de Softwares. Artigo publicado na Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor nº02. Abril/Maio 2005)

Nesse sentido, pode-se dizer que:

As formas de distribuição se ampliaram com o advento da *Internet*. Se antes só era possível adquirir *software* encomendando ao programador um programa específico ou em lojas, hoje a Internet permite que se encontre qualquer tipo de *software* em diversos *sites*. Inclui-se aqui a inovação do *download*, que permite ao usuário copiar seu programa via Internet e arcar com os custos de transportá-lo para um meio físico, como CD-ROM ou disquete.

Aproveitando a facilidade de distribuição trazida pela Internet, programadores passaram a divulgar seus programas via *download* e instituir novas formas de distribuição e remuneração pelo seu trabalho. Assim, aumentaram os *softwares* gratuitos, a distribuição para teste (e posterior compra, denominada *shareware*), a possibilidade de ser cobrado apenas o suporte técnico, a exibição de anúncios de patrocinadores em *software* gratuitos. Nota-se assim que a Internet possibilitou ainda o aumento da oferta de *software*, o que implica em dificuldade de controle e, por consequência, maior dificuldade de se coibir abusos, principalmente se referentes à privacidade do usuário. (Cynthia Semíramis Machado Vianna. Software e privacidade: uma defesa do código-fonte aberto na preservação do direito constitucional à vida privada. Elaborado em 04.2002. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2931>)

Além disso, da prova pericial produzida, conclui-se que a apelada não perpetrou nenhum ato ilícito contra o ora apelante pois disponibilizou programa em formato *shareware*, "categoria de programas que são distribuídos pela internet, sem custo, a título de demonstração. Se gostar, o usuário poderá registrar sua cópia mediante pagamento direito ao desenvolvedor." (fl. 84)

No que tange ao funcionamento do CD que acompanha a revista e contém o programa do autor, o perito afirmou:

Ao adquirir a revista, o usuário que deseja instalar o programa ASSISTENTE TÉCNICO PARA CÁLCULO TRABALHISTA pode fazê-lo diretamente a partir da pasta que contém o programa de instalação no CD (caminho:\Utilitários\Office\Assistente para cálculo trabalhista 5.1\instala_calculo.Exe) ou optar por, antes de mais nada, instalar a programação de CD. Neste relato seguiu-se a segunda opção, pois apresenta informações relevantes à presente lide.

Tela 1.a – Quando se insere o CD, automaticamente é ativado um programa (autorun) que, dentre outras ações, apresenta um quadro contendo declaração que isenta a Editora de danos causados ao sistema operacional microcomputador do usuário decorrentes ou não do uso de CDs brindes. Desejando prosseguir, clica-se no botão "Yes".

Tela 1.b – Dentro da opção "Office", surge o link de seleção do programa ASSISTENTE PARA CÁLCULO TRABALHISTA e o comentário sobre as áreas às quais este se destina. Aciona-se o link Assistente para cálculo trabalhista 5.1.

Tela 1.c – Esta tela detalha melhor as características do programa. Observa-se à direita do texto que a versão é dada como sendo 1.4 a licença como sendo freeware, ou seja, livre, e que não há limitações de uso. No corpo da revista, página 72 (fls. 176, doc. 115), tais informações sobre o programa diferem das acima, constando coerentes com as demais telas apresentadas durante a instalação que se segue neste laudo. Na base da imagem é apresentado o nome do fabricante (Global Software), bem como seu sítio na internet (www.globalsoftware.com.br). (fls. 299-301)

Embora o excerto citado diga expressamente que se trata de programa "*freeware*", sem limitações de uso, na sequência de instalação do *software*, observa-se que na verdade o programa é de uso limitado, ou seja, *shareware*:

Tela 2.a – Quando se clica sobre a palavra "Instalar" no canto superior direito da tela anterior o programa de instalação do CD

cessa sua operação e invoca o programa de instalação do programa ASSISTENTE PARA CÁLCULO TRABALHISTA. Portanto, a partir deste momento, tudo o que ocorre no microcomputador é resultado da execução deste último programa. Surge, então, a tela acima que identifica o programa como sendo a versão 5.1, aponta a empresa Global Software como detentora dos direitos do programa e indica tratar-se, na realidade, de uma versão de avaliação. Após uma sequência de telas aqui omitidas, o programa é instalado. (fl.302)

(...)

Tela 3.b – Ao ser executado o programa apresenta a tela de entrada que identifica a versão como sendo de avaliação e instrui o usuário na compra da licença de versão completa do programa. A figura 2 contem o texto completo copiado desta tela. No canto inferior direito há tres botões que iniciam processos distintos: "Comprar" inicia a aquisição da licença de uso completo do programa, "Registrar" registra a licença através de senha enviado ao usuário por correio eletrônico, e "Continuar" inicia o uso da versão de avaliação contida no CD. (fl. 303-304)

Ainda, respondendo aos quesitos formulados pelas partes, mais uma vez o perito confirma que a versão do programa, vinculada com o CD que acompanha a revista PC Expert, é limitada:

Ao contrário do que informa a Tela 1.c, a versão instalada a partir do CD 1 do exemplar nº22 da revista PC EXPERT é uma versão limitada, conforme se observa nas Telas 1.a, 2.b e 6.c, na Figura 4 (item 4) e nos próprios resultados obtidos da utilização do programa apresentados (sic) na tela 6.q e na Figura 6. As informações contidas no corpo da revista, página 72 (fls. 176, doc. 115 dos autos), são coerentes com as últimas telas mencionadas. (fl. 324) (grifo no original)

Destarte, resta claro que não foi o programa em si vinculado com a revista PC EXPERT, mas um demonstrativo que possibilitava a compra do produto a qualquer interessado, ou seja, o *software* não foi comercializado pela ré e sim apenas colocado em demonstração.

Quanto à comercialização, o perito foi taxativo ao responder que:

A Tela 1.c indica o sítio do fabricante, e a tela de entrada da versão de avaliação (Tela 3.B), possui dois botões, "Comprar" e "Registrar" e texto explicativo do procedimento de aquisição da licença de uso completo (Figura 2), que também fornece endereço, sítio e endereço eletrônico do fabricante. Na Tela 6.a, tela principal do programa ASSISTENTE PARA CÁLCULO TRABALHISTA, a opção "Ajuda" possui item específico para o registro do programa (Tela 6.C, item "3 – Registrando sua cópia", o texto completo está na figura 4)(...) (fls. 324-325)

Ademais, ao ser questionado sobre o produto apresentar preço, forma de pagamento e local ou site para a compra da versão completa do fabricante o perito esclareceu que "Sim. O preço é apresentado nas Telas 4.b e 4.c (texto na cor azul), e a forma de pagamento selecionada na Tela 4.b. Local ou sítio, incluindo telefone de contato, para compra da versão completa são identificados nas Telas 1.c, 3.b (vide final do texto da figura 2), 4.f (vide final do texto da figura 3), 5.e, 6.c (vide final dos textos das Figuras 4 e 5) e 6.e." (fl. 325)

Informou, também, que "a Tela 4.C – esta tela apresenta o favorecido do depósito (Neurotek Inf., representante da Global Software, seus dados bancários e o valor a ser depositado para adquirir a licença. Em posse desses dados realiza-se o depósito e retorna-se a esta tela para informar o número do documento e a data em que se efetuou a transação.(...)"(fl. 305)

Desta feita, conclui-se que a intenção da apelada não era auferir lucros com a demonstração do software, uma vez que evidente todos os comandos para que a compra do produto "completo" fosse efetuada diretamente na empresa do autor.

A Lei de Software (Lei n. 9.609/98), em seu art. 6º, II, esclarece que a citação parcial de programa, para fins didáticos, desde que identificados o programa e o titular dos direitos respectivos, não constitui ofensa aos direitos do titular do programa.

Da doutrina colhe-se que:

É de extraordinário relevo o papel dos meios de comunicação an sociedade atual, a quem informa, motivam e inspiram ações e comportamentos os mais variados. Posicionam as pessoas no cenário fático, trazem ao seu conhecimento notícias de todas as partes, propiciam aos interessados lazer e comunicação, enfim, alimentam a economia e a vida social com seus poderosos veículos, escritos, orais, de imagem e de sons e de sinais outros possíveis. Mas, em contrapondo, submetem-se ao regime do Direito, a fim de que se ajustem as balizas impostas por valores maiores, sociais e individuais que àquele compete preservar, como ocorre com os direitos de personalidade e os direitos autorais. Com efeito, é necessário que as comunicações se perfaçam em um regime de responsabilidade, em que verdade, honestidade, certeza de informação se constituam nas premissas básicas de sua atuação. Nesse sentido, a inobservância desses preceitos pode acarretar a responsabilização do agente, ou dos agentes." (Bittar, Carlos Alberto e outro. In: Tutela dos Direitos da Personalidade e dos Direitos Autorais nas Atividades Empresariais. São Paulo: Revista dos tribunais, 1993, p.29-32)

Nesse sentido, como bem salientou o Magistrado *a quo* "a comunicação efetuada em regime de responsabilidade, honestidade e certeza de informação, não podem ser consideradas ofensivas à moral ou ao patrimônio do autor de programa de computador, como é o caso vertente."

Por conseguinte, de todo o conjunto probatório, principalmente da perícia técnica, resta evidente que o apelado não incorreu em qualquer ato ilícito contra os direitos autorais do autor, porquanto o *software* já estava disponível na *internet* e acessível a qualquer interessado, anteriormente a sua disponibilização em cd-rom, bem como foi comprovado que o apelado não tinha nenhum interesse em obter lucros com a vinculação do programa, eis que indicava expressamente a forma de aquisição e a quem pertencia o programa "assistente técnico para cálculos trabalhistas".

Por derradeiro, não merece guarida a pretensão do apelante quanto à minoração da verba honorária fixada em R\$ 5.000,00, cuja exigibilidade esta suspensa por força do art. 12, da Lei n. 1.060/50.

Entendo que, em razão do feito apresentar elevado grau de complexidade, inclusive com realização de perícia técnica, o valor arbitrado a título de honorários advocatícios está de acordo com os ditames do art. 20, § 4º, do CPC, razão pela qual mantenho o montante devido.

Ante ao exposto, voto no sentido de negar provimento ao recurso, mantendo *in totum* a sentença hostilizada.

DECISÃO

Nos termos do voto do relator, por votação unânime, conheceram do recurso e negaram-lhe provimento.

O julgamento, realizado no dia 9 de junho de 2009, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Carlos Prudêncio, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Edson Ubaldo.

Florianópolis, 09 de junho de 2009

Carlos Adilson Silva
RELATOR

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

AGRAVO DE INSTRUMENTO

Agravo de Instrumento n. 2008.066233-0, de Balneário Camboriú

Relator: Des. Luiz Carlos Freyesleben

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CRÉDITO PRIVILEGIADO E PREFERENCIAL. NATUREZA ALIMENTAR. ORDEM DE PAGAMENTO. EQUIPARAÇÃO AO CRÉDITO TRABALHISTA. PRETENDIDA ADJUDICAÇÃO DOS BENS DA AGRAVADA SEM A REALIZAÇÃO DO CONCURSO DE CREDORES. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE INSTALAÇÃO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Os honorários advocatícios, por implicarem diretamente subsistência do profissional contratado, caracterizam-se como verba alimentar, tornando-se crédito privilegiado e preferencial. Por isso, sua ordem de pagamento deve ser a mesma dos créditos de natureza trabalhista. Entretanto, faz-se necessária a instauração do concurso de credores, devido à existência de diversos gravames nos bens da agravada.

"Constando dos autos a existência de mais de uma penhora, devem os respectivos credores, sob pena de nulidade, ser intimados para a instauração do concurso e para falar sobre o pedido, bem como requerer o que for de seu interesse" (Theotônio Negrão).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 2008.066233-0, da comarca de Balneário Camboriú (2ª Vara Cível), em que é agravante Haroldo Ribeiro de Faria Júnior e agravado Supermercados Vitória Ltda:

ACORDAM, em Segunda Câmara de Direito Civil, por votação unânime, conhecer do recurso e dar-lhe parcial provimento. Custas legais.

RELATÓRIO

Cuida-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito ativo, interposto por Haroldo Ribeiro de Faria Júnior contra decisão do juiz de direito da 2ª Vara Cível da comarca de Balneário Camboriú que, em execução de sentença movida por ele contra Supermercados Vitória Ltda, indeferiu o pedido de adjudicação dos bens penhorados e determinou a suspensão do feito até o término do concurso de credores.

O agravante alega ser credor de honorários advocatícios e, em razão do caráter alimentar da verba, afirma que seu direito é privilegiado, porquanto estaria equiparado aos créditos de natureza trabalhista no concurso de credores. Aduz estarem quitadas as dívidas dos ex-empregados do supermercado executado e, portanto, seria o próximo a receber o valor pleiteado. Requer, liminarmente, a penhora no rosto dos autos de eventual saldo decorrente das arrematações realizadas na Justiça do Trabalho, assim como a penhora dos demais imóveis indicados e ainda pendentes de deferimento judicial. Pleiteia, ao final, a reforma da decisão para ser-lhe deferida a adjudicação dos bens.

O Juiz Substituto de Segundo Grau, Dr. Domingos Paludo, concedeu em parte a liminar, somente para ordenar o prosseguimento da execução, exceto quanto às penhoras exigentes de concurso de credores (fls. 84-85).

Houve contraminuta (fls. 682-683).

VOTO

O recorrente pretende a adjudicação dos bens da recorrida, sob o argumento de que seu crédito é equiparado ao trabalhista e não há mais nenhum credor com esse privilégio além dele.

Segundo consta dos autos, Haroldo Ribeiro de Faria Júnior foi contratado pelos Supermercados Vitória Ltda para acompanhamento e defesa de processos no Conselho de Contribuintes de Brasília/DF, mediante contrato de prestação de serviços advocatícios prevendo remuneração correspondente a 12% da redução dos débitos fiscais efetivamente conquistada. Tal contrato de honorários estava garantido pelos imóveis matriculados sob os n. 42.112, 30.450, 8.887, 26.506, 39.740 e 30.440 (fls. 91-100).

Frustradas as tentativas de receber a verba amigavelmente, viu-se forçado a ajuizar ação de cumprimento de obrigação de fazer, para compelir os Supermercados Vitória Ltda a transferir-lhe a propriedade dos bens que garantiam o contrato de prestação de serviços advocatícios. Os litigantes celebraram acordo naqueles autos (fls. 30-31), mas os Supermercados Vitória Ltda novamente deixaram de honrar seu compromisso.

Por essa razão, Haroldo Ribeiro de Faria Júnior ajuizou ação de execução, com fulcro na sentença homologatória do acordo firmado (fl. 32), requerendo a procedência do pedido para que fosse realizada a adjudicação dos imóveis matriculados sob os n. 42.112, 30.450, 8.887, 26.506, 39.740 e 30.440 (fls. 20-26).

Haroldo Ribeiro de Faria ressaltou que os imóveis objeto do litígio iriam a leilão em razão da execução fiscal ajuizada na Justiça Federal. Por isso, requereu a penhora de R\$ 7.146.399,09 no rosto dos autos n. 2002.72.08.004071-0 a fim de assegurar o resultado prático equivalente

ao do adimplemento da obrigação executada, sem prejuízo do recebimento da multa diária (fls. 91-100).

O doutor juiz de direito julgou procedente o pedido e converteu a execução de obrigação de fazer em indenização por perdas e danos, em valor a ser apurado em liquidação de sentença (fls. 122-126).

O executado ora agravado apelou (fls. 141-153). Suscitou a preliminar de julgamento *ultra petita*, dizendo que não houve requerimento para a conversão da obrigação de fazer em perdas e danos. Requereu a anulação da sentença. Tal preliminar foi afastada por esta Câmara, sendo mantida a conversão (fls. 276-284).

Dessa forma, passou-se à fase de liquidação de sentença, com a avaliação dos imóveis do agravado e posterior penhora dos bens (fls. 291-549).

Haroldo Ribeiro de Faria Júnior requereu a adjudicação dos bens, ante a iminência de leilão na Justiça do Trabalho, que abarcava os imóveis relacionados nos autos, também penhorados nos processos trabalhistas (fls. 557-558).

O doutor juiz de direito indeferiu o pedido, sob o argumento de que os bens penhorados possuíam diversos gravames, tornando-se necessário o concurso de credores (fl. 564).

Assim, Haroldo Ribeiro de Faria Júnior postulou o concurso restrito, entre ele e os credores trabalhistas, assim como a adjudicação dos demais imóveis (fls. 567-571).

O magistrado alegou não ter sido realizada nos autos a avaliação de todos os imóveis dos Supermercados, razão pela qual indeferiu os pedidos do agravante (fl. 572).

Em seguida, Haroldo Ribeiro de Faria Júnior alegou que, em razão dos diversos leilões ocorridos, não há mais como satisfazer integralmente seu crédito. Informou a realização de leilão na Justiça Federal, em que serão vendidos os bens penhorados nos autos. Disse terem sido satisfeitos os créditos trabalhistas e restado valores remanescentes naquele Juízo. Pleitou, então a adjudicação dos bens restantes (fls. 657-661).

O doutor juiz de direito negou o pedido de adjudicação, pois, ante a pluralidade de penhoras nos bens pleiteados pelo exequente, ora agravante, deve ser realizado o concurso de credores independente de ter restado valores remanescentes na Justiça do Trabalho. Salientou que o crédito do recorrente é de privilégio geral, razão pela qual não pode adjudicar para si a totalidade dos bens penhorados no presente feito (fls. 664-668). Tal decisão é objeto do presente agravo de instrumento.

De pronto, cumpre salientar que os honorários advocatícios, por implicarem diretamente a subsistência do profissional contratado, caracterizam-se como verba alimentar, tornando-se crédito privilegiado e preferencial.

Não há afastar do conceito de honorário sua natureza remuneratória e alimentar. Não se confundem honorários e salários. Mas também não há negar que ambos possuem certas afinidades, principalmente no que diz respeito às finalidades a que se destinam.

Sabe-se que, por ser um dos direitos constitucionais do trabalhador, o salário deve ser capaz de atender às suas necessidades e às de sua família como moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social etc. (natureza alimentar do salário definida na Constituição Federal). Do mesmo modo, os honorários dos profissionais liberais têm idêntica destinação, conferindo-lhes a evidente natureza alimentar.

Nesse sentido, é o entendimento do Supremo Tribunal Federal em execução contra a Fazenda:

CRÉDITO DE NATUREZA ALIMENTÍCIA - ARTIGO 100 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. A definição contida no § 1-A do artigo 100 da Constituição Federal, de crédito de natureza alimentícia, não é exaustiva. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - NATUREZA - EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA. Conforme o disposto nos artigos 22 e 23 da Lei nº 8.906/94, os honorários advocatícios incluídos na condenação pertencem ao advogado, consubstanciando prestação alimentícia cuja satisfação pela Fazenda ocorre via precatório, observada ordem especial restrita aos créditos de natureza alimentícia, ficando afastado o parcelamento previsto no artigo 78 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, presente a Emenda Constitucional nº 30, de 2000. Precedentes: Recurso Extraordinário nº 146.318-0/SP, Segunda Turma, relator ministro Carlos Velloso, com acórdão publicado no Diário da Justiça de 4 de abril de 1997, e Recurso Extraordinário nº 170.220-6/SP, Segunda Turma, por mim relatado, com acórdão publicado no Diário da Justiça de 7 de agosto de 1998 (RExtr. N. 470.407-2/DF, rel. Min. Marco Aurélio, j. 9-5-2006).

Do corpo do julgado, extrai-se este comentário:

Ora, salários e vencimentos dizem respeito a relações jurídicas específicas e ao lado destas tem-se a revelada pelo vínculo liberal. Os profissionais liberais não recebem salários, vencimentos, mas honorários e a finalidade destes não é outra senão prover a subsistência própria e das respectivas famílias.

É pacífico o entendimento do Superior Tribunal de Justiça quanto à natureza alimentar da verba honorária:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO REGIMENTAL – RECURSO ESPECIAL - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS SUCUMBENCIAIS – NATUREZA ALIMENTAR - MATÉRIA PACÍFICA NA CORTE.

1. A jurisprudência do STJ é pacífica em considerar honorários sucumbenciais e contratuais como verba de natureza alimentar.

2. "Os honorários advocatícios contratuais e sucumbenciais possuem natureza alimentar. Divergência jurisprudencial, antes existente neste Tribunal, dirimida após o julgamento do REsp 706.331PR pela Corte Especial. Entendimento semelhante externado pelo Excelso Pretório (RE 470.407, rel. Min. Marco Aurélio).(REsp 865.469/SC, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 5.8.2008, DJe 22.8.2008).

3. Em agravo interno, é vedada a inovação de teses não-contidas, de modo expreso, no recurso especial. Logo, não se pode alterar o decisório monocrático com base em fundamentos contidos no agravo, mas ausentes do especial.

Agravo regimental improvido (AgRg. no REsp. 986559/PR, rel. Min. Humberto Martins, j. 16-12-2008).

Logo, não há afastar o caráter alimentar dos honorários quando se observa a finalidade a que estes se propõem e se destinam: o sustento do advogado e de sua família, a sua manutenção como profissional, moradia, alimentação, educação, saúde etc. Neste aspecto, em verdade, é que reside a importância da compreensão e do estudo da natureza que reveste os honorários advocatícios.

Destarte, não obstante os posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais em contrário, entendo que, tratando-se de verba honorária, deve ser observada a ordem especial restrita aos créditos de natureza alimentícia para o fim de concurso de credores. Isso porque, o artigo 24 do Estatuto da Advocacia (Lei n. 8.906/94) assegura a condição de crédito privilegiado dos honorários advocatícios contratuais, *verbis*:

A decisão judicial que fixar ou arbitrar honorários e o contrato escrito que os estipular são títulos executivos e constituem crédito privilegiado na falência, concordata, concurso de credores, insolvência civil e liquidação extrajudicial.

A respeito do tema, Paulo Luiz Netto Lôbo assinala:

Os honorários constituem crédito privilegiado, no mesmo nível dos créditos trabalhistas, em virtude de resultarem da mesma natureza,

ou seja, do trabalho humano, em qualquer hipótese em que haja concurso de créditos: falência, concordata, concurso de credores, insolvência civil e liquidação extrajudicial. O privilégio refere-se a honorários de qualquer tipo ou origem, desde que o pagamento seja imputável ao devedor (*Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 136).

Se a natureza afirmada é de que se trata de crédito com privilégio especial e sendo este reconhecidamente de natureza alimentar, sua ordem de pagamento deve ser a mesma dos créditos de natureza trabalhista.

Nesse sentido, é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

Civil. Recurso especial. Ação de execução. Concurso de credores. Crédito tributário. Crédito de honorários advocatícios. Natureza alimentar. Ordem de preferência.

- Os honorários advocatícios, mesmo de sucumbência, têm natureza alimentar.

- A aleatoriedade no recebimento dessas verbas não retira tal característica, da mesma forma que, no âmbito do Direito do Trabalho, a aleatoriedade no recebimento de comissões não retira sua natureza salarial.

- A ausência de subordinação é irrelevante. Subordinação é um dos elementos de uma relação de emprego, mas não é o elemento específico que justifica a natureza alimentar do salário. O que a justifica é a necessidade de o empregado recebê-lo para viabilizar sua sobrevivência, aspecto que também se encontra no trabalho não subordinado prestado pelo causídico.

- Sendo alimentar a natureza dos honorários, estes preferem aos créditos tributários em execução contra devedor solvente.

- Inteligência do art. 186 do CTN.

Recurso especial a que se dá provimento (REsp. n. 608.028/MS, rela. Mina. Nancy Andrighi, j. 28-6-2005).

FALÊNCIA - HABILITAÇÃO DE CRÉDITO - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DE SUCUMBÊNCIA - NATUREZA TRABALHISTA-ALIMENTAR.

- Na falência, a habilitação do crédito por honorários advocatícios equipara-se ao trabalhista-alimentar e deve ser habilitado na mesma categoria deste (REsp. n. 793.245/MG, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 27-3-2007).

Do corpo do julgado, extrai-se este comentário:

Os honorários são simplesmente os frutos do trabalho do advogado. Os honorários são a remuneração do advogado e - por isso - sua fonte de alimentos.

Não vejo como se possa negar essa realidade.

Por isso - e a experiência de advogado militante me outorga autoridade para dizê-lo - os honorários advocatícios têm natureza alimentar e merecem privilégio similar aos créditos trabalhistas.

De fato, assim como o salário está para o empregado e os vencimentos para servidores públicos, os honorários são a fonte alimentar dos causídicos. Tratá-los diferentemente é agredir o cânone constitucional da igualdade.

Conforta-me saber que, nesse entendimento, estamos na boa companhia da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, que, em recente julgado, reformou acórdão desta Corte (RMS 17.536/DELGADO, Relator para acórdão Ministro FUX) e definiu a natureza alimentícia dos honorários de advogado, livrando-os da dolorosa fila dos precatórios comuns (cf. RE 470.407/MARCO AURÉLIO no Informativo do STF n. 426 de 17 de maio de 2006).

Louvido nesses argumentos, empresto ao Art. 24 do EOAB, interpretação coerente com o princípio da proporcionalidade. Entendo que o termo "crédito privilegiado" transporta acepção que se harmonize com natureza laboral-alimentar - dos honorários como fruto do labor advocatício destinado às necessidades alimentares. Vale dizer: os honorários constituem crédito privilegiado, que deve ser interpretado em harmonia com sua natureza trabalhista e alimentar (EOAB, Art. 24).

No REsp. n. 566.190, a Terceira Turma do STJ equiparou os honorários advocatícios aos salários, para fins de preferência em processo de falência. Destaca-se:

A análise meramente literal do dispositivo de lei (caput do art. 102, da antiga Lei de Falências), naturalmente, levaria à conclusão de que somente os salários, *stricto sensu*, são passíveis da proteção absoluta. Todavia, uma reflexão um pouco mais detida leva a conclusão oposta. As proteções conferidas ao salário, como a que ora se comenta, não foram estabelecidas pela lei de maneira meramente dogmática. Há, naturalmente, uma finalidade que a norma pretende atingir. No caso em tela, essa finalidade é garantir ao trabalhador que, na medida do possível, receba seus proventos, e, conseqüentemente, tenha garantida sua sobrevivência e a de sua família. Vale dizer: é o caráter alimentar do salário que justifica a proteção que a lei lhe concede. Tanto que o princípio da intangibilidade dos salários, cujo corolário é a impenhorabilidade dessa verba, comporta a expressa exceção fixada pelo artigo 649, inciso IV do Código de Processo Civil, para prestações de natureza alimentícia. Esse é o fundamento da proteção legal ao salário. Ora, se do caráter alimentício também estão revestidos os honorários, não vejo motivo pelo qual não se deveria estender também a eles a proteção legal.

Note-se que, aqui, não estou a dizer que honorários e salários são figuras idênticas. Salário, nos termos dos arts 457 e 458 da CLT, é a remuneração paga pelo empregador ao empregado (pessoa física), como remuneração pela prestação de serviços no âmbito de uma relação de emprego. A figura do salário é específica, e para sua caracterização devem estar presentes os requisitos do artigo 2º da CLT. O que afirmo, em vez disso, é que na natureza alimentar, e somente nela, as figuras são afins.

Ora, se são figuras afins em sua natureza alimentar, o privilégio conferido pela Lei de Falências aos salários deve ser estendido também aos honorários, porquanto é exatamente isso que a Lei visa a proteger. Interpreta-se, portanto, o caput do art. 103 de maneira extensiva, atribuindo-lhe o significado amplo de remuneração (REsp. n. 566.190/SC, rela. Mina. Nancy Andrichi, j. 14-6-2005).

No mesmo norte, colhe-se de outros Tribunais:

FALÊNCIA - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - CRÉDITO COM PRIVILÉGIO ESPECIAL - PEDIDO DE INCLUSÃO PARA PAGAMENTO - REPASSE DE CRÉDITOS TRABALHISTAS - POSSIBILIDADE - NATUREZA ALIMENTAR. Se o crédito que se pretende incluir para pagamento possui reconhe-

cido privilégio especial e evidente caráter alimentar, seu pagamento deve se dar no lote dos créditos trabalhistas, uma vez que inexistente outra forma de enquadramento, correta, do crédito do recorrente na ordem de privilégios da legislação falimentar (TJMG. AI n. 1.0024.01.602641-1, rel. Des. Eduardo Andrade, j. 22-1-2008).

FALÊNCIA. HABILITAÇÃO DE CRÉDITO. CONTRATO DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS. É de ser reformada a sentença que desacolheu a habilitação de crédito proveniente de honorários advocatícios, devidamente demonstrados nos autos. Cláusula de contrato firmado entre o advogado e a empresa que veio a falir, assegurando o direito ao profissional, ora habilitante. Reconhecimento do crédito na categoria de privilégio especial. Honorários advocatícios devidos no valor de R\$ 1.500,00. Apelo provido (TJMG. Ap. Cív. n. 1.0090.06.012014-5, rel. Des. Schalcher Ventura, j. 13-11-2007).

AGRAVO REGIMENTAL – APELAÇÃO CÍVEL – INCIDENTE DE HABILITAÇÃO DE CRÉDITO – EXECUÇÃO FISCAL – CONCURSO DE CREDORES – PREFERÊNCIA DO CRÉDITO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS SOBRE O CRÉDITO TRIBUTÁRIO – NATUREZA ALIMENTAR – RECURSO IMPROVIDO.

Ainda que os honorários advocatícios tenham retribuição aleatória e incerta, citadas características não lhes retiram a natureza alimentar, de sorte que merecem tratamento equivalente ao dos créditos trabalhistas, possuindo preferência sobre os créditos tributários. Inteligência do artigo 24 da Lei 8.906/94 e artigo 186 do Código Tributário Nacional (TJMS. AgRg. na Ap. Cív. n. 2006.019163-9, rel. Des. Divoncir Schreiner Maran, j. 30-1-2007).

Ademais, o crédito do agravante é proveniente de contrato de prestação de serviços, o que reforça a natureza alimentar da verba honorária e sua consequente equiparação às verbas dos trabalhadores.

Alega o agravante estarem quitadas as dívidas trabalhistas da agravada, devendo, por isso, serem adjudicados os bens restantes para que haja a satisfação de seu crédito.

Acertada a decisão que indeferiu o pedido de adjudicação feito pelo agravante, ao argumento de que os bens penhorados nos autos possuem outros gravames, tornando-se necessária a instalação do concurso de credores.

Araken de Assis assinala que:

Realizadas duas ou mais penhoras sobre idêntico bem, geradas por execuções movidas por diferentes credores, conforme autoriza o art. 613, 1ª parte, entre os respectivos processos cria-se vínculo muito particular. A singularidade avulta na circunstância de o inesperado liame, aflorado após a formação dos processos executivos, residir no bem que a penhora individualizou, na esfera patrimonial do devedor, para satisfazer créditos diversos (*Concurso especial de credores no CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 153).

A respeito do tema, Humberto Theodoro Junior leciona:

O juiz só autoriza o credor a levantar, imediatamente, o produto da expropriação executiva, se a execução houver ocorrido a exclusivo benefício do exequente e não houver privilégio ou preferência de terceiros sobre os bens penhorados, anterior à penhora (art. 709).

Assim, não poderá dar-se o imediato levantamento:

- a) quando ocorrer a decretação de insolvência do devedor, porque, em tal situação, o produto da execução singular é arrecadado em prol da comunidade dos credores, para posterior rateio no concurso universal do insolvente (art. 762, § 2º); e
- b) quando existir qualquer outro privilégio sobre os bens alienados judicialmente, como hipoteca, penhor, outra penhora etc., desde que constituídos anteriormente à penhora do exequente (art. 709, III).

Na última hipótese, instaura-se uma espécie de "concurso particular de preferência", cujo objeto é tão-somente o produto da arrematação e cujos participantes são apenas o exequente e o credor ou credores que se apresentem como detentores de preferência ou privilégio, por causa jurídica anterior à penhora. Um dos motivos desse concurso é a intercorrência de penhoras de credores diversos sobre os mesmos bens, caso em que as diversas execuções singula-

res são reunidas por apensamento, a fim de unificarem-se aos atos executivos e promover-se o concurso de preferências nos autos em que se der a arrematação. Esse concurso é sumariamente processado como incidente da fase de pagamento, dentro dos próprios autos da execução (art. 711) (*Curso de Direito Processual Civil*. v. II. 41. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 393).

Na hipótese, a agravada é devedora em diversas execuções na Justiça do Trabalho e na Justiça Federal, além das que tramitam na Justiça Estadual. Por isso, seus bens foram penhorados para garantir diversos créditos, conforme demonstram os registros de imóveis de fls. 438-483 e 526-529.

Araken de Assis destaca:

Conseqüentemente, na hipótese de coexistirem duas ou mais penhoras (art. 613), ou se o bem penhorado for bem gravado com direito real de garantia, outra espécie de concurso se inaugura: o concurso especial, como quis Tesheiner, ou particular, porque não envolve a totalidade dos credores do executado, nem todos os seus bens, o que caracteriza o concurso universal (*Manual da execução*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 670).

Theotônio Negrão também assinala que:

Constando dos autos a existência de mais de uma penhora, devem os respectivos credores, sob pena de nulidade, ser intimados para a instauração do concurso e para falar sobre o pedido, bem como requerer o que for de seu interesse (Bol. AASP 1.584/99, 3 votos a 2) (*Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 892).

Assim, necessária a instauração do incidente, com aplicação das regras previstas nos artigos 711 a 713 do Código de Processo Civil.

Nesse sentido, é o entendimento desta Corte:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE EXECUÇÃO POR QUANTIA CERTA. DUPLICIDADE DE CONSTRICÇÃO EM PROCESSOS EXECUTIVOS DISTINTOS – ARREMATAÇÃO EFETIVADA – AUSÊNCIA DE INSTAURAÇÃO DE CONCURSO DE CREDORES – RECURSO DESPROVIDO.

É sabido que existindo mais de um credor e um só bem penhorado, a solução da questão é a instauração de concurso de credores (artigos 711 a 713 do CPC), nele respeitando-se a preferência. Ocorrendo o praxeamento do bem e a arrematação, exaure-se a função expropriatória da execução e sobre o produto da hasta pública deve se transformar o concurso (AI n. 2006.013693-2, de Tangará, rel. Des. Anselmo Cerello, j. 19-4-2007).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO. PENHORA DE IMÓVEL COM GARANTIA REAL. EXISTÊNCIA DE OUTROS CREDORES EXECUTANDO O DEVEDOR. INSTAURAÇÃO DO CONCURSO DE PREFERÊNCIAS. ART. 711 DO CPC (AI n. 2002.021708-0, de São Joaquim, rela. Desa. Maria do Rocio Luz Santa Ritta, j. 25-3-2004).

Cumprе salientar que a instalação do concurso de credores deve ser realizada no Juízo da execução em que ocorreu a primeira constrição no patrimônio do executado. Após a instauração do incidente, passa-se à análise do privilégio de cada crédito, conforme a seguinte ordem, segundo Araken de Assis:

A ordem de prelações no concurso especial, atendidas as deduções prévias, e ressalvados os credores que jamais participarão do concurso (por exemplo, o credor fiduciário), assume o seguinte feito: a) crédito trabalhista; b) crédito fiscal, observada a ordem do *concursum fiscalis*, a teor do art. 187, parágrafo único, do CTN (em primeiro lugar, a União; em seguida, os Estados e o Distrito Federal, conjuntamente e *pro rata*; por fim, os Municípios, conjuntamente e *pro rata*); c) crédito real; d) crédito dotado de privilégio especial; e) crédito dotado de privilégio geral; f) crédito simples ou quirografário, respeitada a anterioridade das penhoras; g) crédito subquirografário (*Concurso especial de credores no CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 273-274).

Portanto, mesmo que reconhecida a condição de privilégio especial do recorrente, qual seja, de que o crédito tem natureza alimentar e se equipara ao trabalhista, indispensável a formação do concurso de credores, para se decidir sobre a preferência dos créditos, devendo ser mantida a decisão nessa parte.

Ante o exposto, conheço do agravo interposto por Haroldo Ribeiro de Faria Junior para provê-lo parcialmente.

DECISÃO

Nos termos do voto do Relator, por votação unânime, conheceram do recurso e deram-lhe parcial provimento.

O julgamento foi realizado no dia 18 de junho de 2009 e dele participaram, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Mazoni Ferreira (Presidente) e Sérgio Izidoro Heil.

Florianópolis, 3 de julho de 2009.

Luiz Carlos Freyesleben
RELATOR

APELAÇÕES CÍVEIS

Apelação Cível n. 2004.016817-9, da Capital

Relator: Des. Luiz Carlos Freyesleben

PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. CERCEAMENTO DE DEFESA INOCORRENTE. RESCISÃO DE CONTRATO. ANÚNCIO EM LISTA TELEFÔNICA. ALTERAÇÃO INSIGNIFICANTE NA FORMA DO CUMPRIMENTO. ATINGIMENTO DOS FINS DA PUBLICAÇÃO SEM CAUSAR PREJUÍZO À CONTRATANTE. RECURSO DESPROVIDO. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. REQUISITOS LEGAIS DEMONSTRADOS (CPC, ART. 17). CONDENAÇÃO, DE OFÍCIO, DA APELANTE AO PAGAMENTO DE MULTA E INDENIZAÇÃO.

Não ofende a Constituição Federal nem o Código de Processo Civil o magistrado, por cerceamento de defesa, quando antecipa o julgamento da lide, pondo de lado o desejo da parte de realizar outras provas, se entender que os litigantes puseram-lhe à vista documentos bastantes à formação de sua convicção, tornando-o apto a chegar ao desenlace da questão.

Alteração mínima e irrelevante na forma do cumprimento do contrato, sem desvirtuamento de sua finalidade, nem prejuízo causado à parte, não dá margem à rescisão da avença.

Em um país em que, somente em 2008, mais de 25 milhões de processos foram distribuídos ao Judiciário, é dever deste Poder reprochar, com veemência, pretensões manifestamente abusivas, aviltantes da dignidade da Justiça, impondo-se à parte maliciosa o pagamento de multa e de indenização à parte contrária, ante a explícita litigância de má-fé.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2004.016817-9, da comarca da Capital (4ª Vara Cível), em que é apelante Visosom Lâmpadas Especiais e Audiovisuais Ltda e apelada Listel Listas Telefônicas S/A:

ACORDAM, em Segunda Câmara de Direito Civil, por votação unânime, desprover o recurso e, de ofício, condenar a apelante em litigância de má-fé. Custas legais.

RELATÓRIO

Visosom Lâmpadas Especiais e Audiovisuais Ltda apelou da sentença do doutor juiz de direito da 4ª Vara Cível da comarca da Capital que, em ação de rescisão de contrato movida contra Listel – Listas Telefônicas S/A, julgou improcedente o pedido. Para o atingimento de seus propósitos, a autora apelante alegou que o julgamento antecipado da lide cerceou-lhe o direito de defesa, porque houvera solicitado, na inicial, a produção de provas e a ouvida de testemunhas imprescindíveis ao deslinde da causa.

No mérito, revisitou os temas da petição inicial, realçando que a ré publicou anúncio, na lista telefônica, de forma diferente da contratada, ocasionando-lhe prejuízos comerciais e desvirtuando a principal finalidade do contrato. Assim, ante os graves defeitos da publicação, requereu o provimento do apelo com vistas à anulação da sentença por cerceamento de defesa, ou para sua reforma, rescindindo o contrato e cancelando a cobrança dos valores avençados.

Houve contrarrazões.

VOTO

É apelo de Visosom Lâmpadas Especiais e Audiovisuais Ltda. contra a sentença do doutor juiz de direito da 4ª Vara Cível da comarca da Capital

que, em ação de rescisão de contrato, movida pela apelante contra Listel – Listas Telefônicas S/A, julgou improcedente o pedido.

Havendo questão prejudicial a ser enfrentada, começo por dizer que a preliminar de nulidade da sentença, por cerceamento de defesa, não pode vingar, porquanto o juiz de direito esteja autorizado a indeferir medidas a seu sentir desnecessárias à solução da lide, conforme o artigo 130 do Código de Processo Civil.

Aqui, o conjunto de provas dispensa a produção de outras porque permite ao magistrado a inteira possibilidade de avaliar os fatos e sobre eles firmar sua convicção. Daí ser leviano afirmar que o douto juiz de direito ofendeu a Constituição Federal e o Código de Processo Civil, por constrangimento à defesa da parte, pois, repita-se, tem o magistrado a permissão legal para antecipar o julgamento da lide. É que os documentos carreados ao processo pelos litigantes, por si só, dispensam a produção de provas outras e, assim, ao juiz não era defeso valer-se das disposições do artigo 330, inciso I, do Código de Processo Civil. Aliás, nesse tocante, o eminente Desembargador Trindade dos Santos deixou consignado em acórdão de sua lavra o seguinte:

Inocorre cerceamento de defesa, pelo antecipado julgamento da lide, quando aos autos foi coligida prova documental suficiente para formar o convencimento do prolator da sentença; mesmo porque, é facultado ao julgador, em face da natureza da matéria versada e considerando os elementos convencimentais inseridos no processo, proferir, a seu juízo, sentença antecipada, em atendimento, assim, às exigências de uma justiça mais rápida e eficaz (Ap. Cív. n. 1998.006788-0, de Ibirama, j. 15-6-1999).

Se a prova documental colhida bastava para a formação da convicção do julgador, sendo de pouca ou nenhuma valia a colheita da prova oral ou da pericial, patente fica a desnecessidade da pretendida dilação probatória. Assim, incensurável o ato judicial, mormente porque, "na condição de destinatário da prova, cabe ao juiz decidir se as informações contidas

nos autos bastam para a formação de seu convencimento, cabendo-lhe, inclusive, indeferir a produção de provas que entender desnecessárias e protelatórias, a teor do disposto nos arts. 130 e 131 do Código de Processo Civil" (Ap. Cív. n. 2006.029278-0, de Criciúma, rel. Des. Nelson Schaefer Martins, j. 5-10-2006).

Nestes termos, arredo, pelo meu voto, a preliminar de nulidade da sentença por cerceamento de defesa.

No mérito, não vislumbro a menor chance de a apelante alcançar o seu intento.

Na verdade, a sentença increpada, subscrita pelo então juiz de direito, hoje Desembargador, Dr. Jaime Luiz Vicari, é de ser mantida, em sua integralidade e por seus próprios fundamentos, razão por que, em homenagem a Sua Excelência, valho-me dos termos da sentença como forma de dar melhor fundamentação ao meu voto.

Disse Sua Excelência:

Extrai-se dos autos que a autora contratou os serviços da ré, para anunciar em listas telefônicas, o nome do produto que comercializa.

Alega-se que na publicação o nome da autora ficaria na parte de cima, destacada da marca PHILIPS, e que o número do telefone seria editado em negrito, bem como o e-mail.

Isso não foi obedecido, razão que levou a demandante a postular a rescisão do contrato, com a devolução dos valores pagos e a inexigibilidade das demais parcelas.

Analizando os documentos acostados nos autos e as alegações das partes, conclui-se que a ré não agiu de má-fé quando publicou os primeiros anúncios de forma diversa da qual foi estabelecida, pois, assim que constatou os erros, procurou corrigi-los.

Além disso, verifica-se que as falhas apresentadas às fls. 48 são mínimas, não desvirtuaram a principal finalidade do contrato e não prejudicaram de modo algum o nome da empresa.

Vale ressaltar que somente os primeiros anúncios apresentaram falhas, ou seja, dos 85 anúncios contratados, 73 destes foram corrigidos.

A ré não deixou de cumprir sua obrigação, pois entende-se que somente uma falha em parte menor não leva a prejudicar o contrato por inteiro.

O fim almejado no contrato foi cumprido, com a veiculação do nome da autora e de seu telefone e endereço eletrônico.

Diante disso, inviável atender às postulações feitas, o que já havia sido intuído pelo Dr. Ronaldo Moritz, ao negar a antecipação de tutela e confirmado pela decisão do Des. Trindade dos Santos, desacolhendo o agravo de instrumento interposto (fls. 125-126).

Efetivamente, a diferença entre o anúncio contratado e o publicado é mínima ou insignificante a não ensejar, por si só, a rescisão do contrato.

Confesso que, por mais que me tenha esforçado, não consigo enxergar o aludido prejuízo da apelante, como decorrência da colocação do anúncio "Visoson Lâmpadas Especiais" na mesma linha da propaganda da marca "Philips", nem por ter deixado de destacar, em negrito, o número do telefone da apelante na publicação e, muito menos, por ter colocado em linhas separadas as palavras "*e-mail*" e "*visoson@visoson.com.br*".

O fato é que o anúncio foi publicado, vindo a atingir o seu fim, qual seja, a divulgação dos trabalhos da empresa recorrente.

O que vislumbro, precisamente, é a tentativa da apelante de usar o Judiciário como instrumento de enriquecimento indevido, endereçando-lhe pedido completamente despropositado, sem o menor fundamento fático-jurídico sério. Embora o acesso à Justiça seja garantia fundamental do cidadão, nos termos da Constituição Federal, esse direito não é irrestrito, devendo ser exercitado responsavelmente pelos litigantes, sob pena da completa inviabilização do próprio Judiciário e de seu poder de resposta às demandas que necessitam, verdadeiramente, de solução rápida e justa.

Não se perca de vista que, só no ano passado, cerca de 25 milhões de processos ingressaram em Juízo e foram distribuídos, em todo o Brasil, conforme dados colhidos e informados pelo CNJ. Entre estas novas ações,

muitas das quais envolvendo necessidades fundamentais das pessoas, seguramente algumas deixaram de ser julgadas porque, em 2001, Visosom Lâmpadas Especiais e Audiovisuais Ltda ingressou em Juízo para solicitar rescisão de contrato, pois seu número telefônico não mereceu destaque em negrito num anúncio de dois centímetros e meio de altura por quatro de comprimento, publicado em lista telefônica de circulação local.

Nesse contexto, mais do que direito é dever do Judiciário rechaçar, com veemência, pretensões manifestamente abusivas, aviltantes da dignidade da Justiça. Destarte, é de reconhecer-se, de ofício, a litigância de má-fé da apelante Visosom Lâmpadas Especiais e Audiovisuais Ltda.

Em comentário ao artigo 17 do Código de Processo Civil, prelecionam Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery:

Conceito de litigante de má-fé. É a parte ou interveniente que, no processo, age de forma maldosa, com dolo ou culpa, causando dano processual à parte contrária. É o *improbis litigador*, que se utiliza de procedimentos escusos com o objetivo de vencer ou que, sabendo ser difícil ou impossível vencer, prolonga deliberadamente o andamento do processo procrastinando o feito. As condutas aqui previstas, definidas positivamente, são exemplos do descumprimento do dever de probidade estampado no CPC 14 (*Código de processo civil comentado e legislação extravagante*, São Paulo: RT, 2003, 7. ed. rev. e ampl., p. 371).

Colhe-se da jurisprudência:

A condenação por litigância de má-fé independe de requerimento. Instrumento da jurisdição e com escopos jurídico, político e social, o processo contemporâneo, além de prestigiar a lealdade, tem perfil predominantemente público, razão pela qual incumbe ao juiz que o dirige prevenir e reprimir, de ofício, qualquer ato contrário à dignidade da justiça (STJ, REsp. n. 36.718, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira).

E ainda:

O processo não é mero instrumento de satisfação dos interesses das partes contendoras, mas, acima de tudo, de satisfação do interesse público na composição dos litígios; por isso, cabe ao magistrado reprimir todo e qualquer ato atentatório à dignidade da Justiça, avultando-se, entre eles, a resistência injustificada à ulatimação do processo. Nessa conjuntura, é dado ao julgador, independentemente de requerimento da parte interessada, impor àquele que litiga de má-fé, no mesmo processo, a sanção prevista no art. 18 do CPC (AI n 1998.007828-8, rel. Des. Trindade dos Santos, j. 1º-12-1998).

Assim, resta condenar a apelante Visosom Lâmpadas Especiais e Audiovisuais ao pagamento da multa correspondente a 1% do valor da causa, nos termos do artigo 18 do Código de Processo Civil. Ademais, condena-se a autora ao pagamento de indenização à apelada, no importe de 20% do valor da causa, quantia apta a reparar os danos causados à ré, à vista da propositura de ação evidentemente descabida e do uso indevido do Judiciário.

Ante o exposto, conheço do recurso de apelação para negar-lhe provimento e condenar, de ofício, a apelante por litigância de má-fé.

DECISÃO

Nos termos do voto do Relator, por votação unânime, conheceram do recurso, negaram-lhe provimento e, de ofício, condenaram a apelante em litigância de má-fé.

O julgamento foi realizado no dia 16 de julho de 2009 e dele participaram, com votos vencedores, o Exmo. Sr. Des. Sérgio Izidoro Heil e Exma. Sra. Desa. Denise Volpato.

Florianópolis, 31 de julho de 2009.

Luiz Carlos Freyesleben
PRESIDENTE E RELATOR

Apelação Cível n. 2004.010771-4, de Lages

Relator Designado: Des. Sérgio Izidoro Heil

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. PUBLICAÇÃO EM JORNAL DE GRANDE CIRCULAÇÃO LOCAL DE "NOTA DE ESCLARECIMENTO" DANDO CONTA DA NEGATIVA DE PATERNIDADE CONCLUÍDA EM AÇÃO INVESTIGATÓRIA. OFENSA À HONRA DA AUTORA QUE, SENDO MENOR À ÉPOCA DA DIVULGAÇÃO DA SUPOSTA PATERNIDADE, NÃO PODE SER RESPONSABILIZADA, TAMPOUCO ARCAR COM AS CONSEQÜÊNCIAS DE TAL ATO. INEXISTÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE DANO AO APELADO EM DECORRÊNCIA DA DIVULGAÇÃO. PUBLICAÇÕES DEGRADANTES E PRETENSIOSAS QUE EXCEDEM O CARÁTER EXPLICATIVO. ATO ILÍCITO E DANOS MORAIS SOFRIDOS PELA APELANTE CONFIGURADOS, ASSIM COMO NEXO CAUSAL ENTRE ELES. FIXAÇÃO DO *QUANTUM* INDENIZATÓRIO EM VALOR RAZOÁVEL E PROPORCIONAL ÀS PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO. INVERSÃO DO ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA. SENTENÇA REFORMADA. RECURSO PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2004.010771-4, da comarca de Lages (2ª Vara Cível), em que é apelante G. V. de O., e apelado D. C. de O. C.:

ACORDAM, em Segunda Câmara de Direito Civil, por maioria de votos, dar provimento ao recurso, vencido o relator que desprovia o recurso. Designado para lavrar o acórdão o Exmo. Des. Sérgio Izidoro Heil. Custas legais.

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de apelação interposto por G. V. de O. em face da prestação jurisdicional conferida pelo juiz de direito da 2ª Vara Cível da comarca de Lages que, nos autos da ação de indenização por danos morais n. 039.03.006712-8, ajuizada em face de D. C. de O. C., julgou improcedente o pedido inicial, condenando a autora/apelante ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, este fixados em R\$ 1.000,00 (um mil reais), suspensa a exigibilidade da verba por ser a sucumbente beneficiária da justiça gratuita (fls. 93/96).

Nas razões recursais alega a apelante, em síntese, que: o apelado violou o segredo de justiça inerente à ação de investigação de paternidade, ainda que esta já tivesse sido julgada quando da publicação; cresceu acreditando ser filha do apelado, não tendo causado qualquer prejuízo a este ao utilizar seu sobrenome quando era ainda menor; a publicação da nota não teve finalidade de esclarecimento, mas sim de vingança pessoal e humilhação à apelante. Finaliza com pedido de provimento do recurso a fim de que seja julgado procedente o pedido inicial (fls. 100/113).

Contra-arrazoado às fls. 118/129, os autos ascenderam a esta Corte de Justiça.

VOTO

Trata-se de ação condenatória ajuizada por G.V. de O. contra D.C. de O.C. objetivando o recebimento de indenização pelos danos morais sofridos em decorrência da atitude do requerido de determinar a publicação, em jornal de grande circulação na localidade em que reside a autora, de nota de esclarecimento dando conta do fato de não ser o pai desta, mencionando na oportunidade, inclusive, o dispositivo da sentença proferida na ação de investigação de paternidade que declarou tal situação.

Eis o teor de tal publicação, propagada no periódico "Correio Lageano" entre 3 e 5 de maio de 2003, inclusive com os grifos da origem (fls. 31/32):

NOTA DE ESCLARECIMENTO

DAURI CELSO DE OLIVEIRA CAMARGO. Conforme Sentença Judicial, esclarece a quem possa interessar, que não sou pai verdadeiro de **GABRIELLA VALDRIGUES DE OLIVEIRA**, conforme afirmado pela **ISABEL CRISTINA DE OLIVEIRA**. Abaixo, parte da sentença excluindo a paternidade:

"Afinal, com a **Exclusão da Paternidade**, segundo dois exames do DNA, julgo improcedente o pedido formulado por Isabel Cristina Valdrigues de Oliveira representando sua filha Gabriella Valdrigues de Oliveira na Ação de Investigação de Paternidade, processo nº 039.97.004228-9, contra Dauri Celso de Oliveira Camargo."

Alega o requerido, na sua defesa, que providenciou a veiculação da nota de esclarecimento como resposta ao fato da autora ter-se intitulado como sua filha quando do seu baile de debutantes, inclusive mencionando o nome do pretenso pai e utilizando o sobrenome deste em folheto de publicidade do clube em que ocorreu o evento e também no Jornal Correio Lageano, fato transcorrido em 1998, época em que tramitava a ação de investigação de paternidade ajuizada contra o ora requerido, posteriormente julgada improcedente.

Ocorre que tal fato não pode ser imputado à autora, que contava com apenas 14 (quatorze) anos naquele tempo, ou seja, era menor impúbere, absolutamente incapaz por expressa previsão legal (art. 3º, I do Código Civil de 2002 e art. 5º, I do Código Civil de 1916), sendo certo que não deve a jovem ser responsabilizada por atos que fogem de sua atuação.

Com efeito, uma menina de 14 (quatorze) anos é qualificada como incapaz pela legislação exatamente por não ter discernimento suficiente para distinguir o que pode ou não pode fazer, e é inquestionável que as informações prestadas ao clube – e posteriormente repassadas ao Jornal

por este – quando da inscrição para participar de um baile de debutantes, tais quais o nome da menor e sua filiação, originaram-se do responsável por esta, provavelmente sua mãe ou algum outro parente.

Não é razoável que a autora, deste modo, seja penalizada e humilhada por uma vingança do requerido contra uma situação ocorrida mais de 5 (cinco) anos antes da publicação da nota de esclarecimento, em relação a qual, repita-se, não possui a jovem qualquer responsabilidade, e que não trouxe conseqüências drásticas – pelo menos inexiste prova ou alegação plausível neste sentido nos autos – à vida do requerido, que há muito tempo reside na cidade de Terra Rica, no Paraná (fl. 73), ou seja, vive longe da cidade e sociedade lageana, não mais possuindo vínculos com esta.

Mas mesmo diante de todas estas peculiaridades o requerido fez questão de utilizar o nome da jovem autora no jornal sem a autorização desta, transcorrido mais de um ano desde o trânsito em julgado da sentença de improcedência da ação investigatória de paternidade, em duas pretensiosas publicações seguidas que levam ao entendimento de que se trata a autora de uma golpista, atitude esta no mínimo exagerada e desprovida de razão plausível, que não o próprio deleite do réu.

Neste contexto, o Código Civil de 2002, em atenção ao art. 5º, X da Constituição Federal, faz menção expressa à proteção do nome no art. 17, *in verbis*:

Art. 17. O nome da pessoa não pode ser empregado por outrem em publicações ou representações que a exponham a desprezo público, ainda quando não haja intenção difamatória.

Na hipótese, não se pode negar a utilização do nome da autora em veículo jornalístico de caráter que nada tem de explicativo, como faz crer o réu, caracterizando-se, na verdade, de publicação degradante e que induz o leitor a conclusões negativas acerca do caráter da pretensa filha.

E, ainda que se alegue que a intenção do requerido era exclusivamente informativa, ou seja, que inexistia o *animus difamandi*, não restam dúvidas de que incorreu este em excesso ao divulgar a reiterada publicação, em que consta o nome da requerente em letras garrafais e grifadas em negrito, expondo esta a situação humilhante e constangedora, causando-lhe mal estar perante a sociedade.

Ora, conquanto seja verdadeira a informação no sentido de não ser o requerido pai da autora, é injustificável o uso indiscriminado da imprensa da localidade em que sempre residiu esta para noticiar informações de forma tendenciosa, a ocasionar-lhe dor e desprestígio.

Evidente, neste sentido, que notícia intitulada "nota de esclarecimento" no jornal da região foi desnecessariamente ofensiva à honra e imagem da autora.

Conclui-se, deste modo, pela existência do ato ilícito praticado pelo réu, assim como dos danos à imagem e boa fama da autora, sendo inafastável, outrossim, o nexó de causalidade entre os dois primeiros elementos, tornando-se a obrigação de indenizar evidente.

E, configurada a obrigação indenizatória, cabe fixar o montante da verba a ser paga. Ressalte-se que este não pode ser ínfimo, devendo-se observar a sua natureza compensatória para a vítima e sancionatória ao ofendido, inibindo-o de praticar ilícito semelhante.

Relevante assinalar, ainda, que o valor indenizatório fica submetido ao prudente arbítrio do Magistrado, que, ao fixá-lo, levará em consideração "a) a intensidade e duração da dor sofrida; b) a gravidade do fato causador do dano; c) a condição pessoal (idade, sexo etc.) e social do lesado; d) o grau de culpa do lesante; e) a situação econômica do lesante. (Cf. Prof. Fernando Noronha)" (TJSC – AC n. 2005.029261-5, de Joinville, rel. Des. Pedro Manoel Abreu, j. em 02/09/08).

No caso em apreço, não há relevantes informações acerca das condições pessoais das partes; não agiu o requerido com boa-fé em suas atitudes, enquanto que a autora em nada incorreu para o lícito.

Considerando-se, deste modo, os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, além do caráter pedagógico, o dano causado, o prejuízo sofrido, as qualidades do ofendido e do ofensor e os graus de suas respectivas culpabilidades, bem como a vedação ao enriquecimento sem causa, entende-se como justa e adequada a fixação do montante indenizatório em R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

Referido valor deverá ser atualizado por meio de correção monetária pelos índices do INPC, a contar da presente data (Súmula 362 do STJ), e juros de mora desde o evento danoso (Súmula 54 do STJ), ou seja, 3 de maio de 2003, no patamar 1% ao mês.

Por fim, diante da reforma do *decisum*, faz-se necessária a inversão dos ônus sucumbenciais, devendo o recorrido arcar com as custas processuais e honorários advocatícios, os quais arbitra-se em 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação, em consonância com o artigo 20, § 3º do Código de Processo Civil.

Ante o exposto, entende-se que a reforma da sentença apelada é medida que se impõe, a fim de julgar procedente a pretensão postulada na inicial e condenar o apelado ao pagamento de indenização a título de danos morais, no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), com correção monetária a contar desta data e juros de mora a partir de o ato ilícito (3 de maio de 2003), bem como ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação, nos termos do §3º do art. 20 do Código de Processo Civil.

DECISÃO

Nos termos do voto do relator, a Câmara, por maioria, conheceu do recurso e deu-lhe provimento para reformar a sentença apelada a fim de julgar procedente a pretensão postulada na inicial e condenar o apelado ao pagamento de indenização a título de danos morais, no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), com correção monetária a contar desta data e juros de mora a partir de o ato ilícito (3 de maio de 2003), bem como ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação, nos termos do §3º do art. 20 do Código de Processo Civil.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Des. Mazoni Ferreira, e dele participaram com voto o Des. Luiz Carlos Freyeseleben e o Des. Subst. Jaime Luiz Vicari, este vencido.

Florianópolis, 18 de junho de 2009

Sérgio Izidoro Heil
RELATOR

Declaração de voto vencido do Excelentíssimo Senhor Desembargador Substituto Jaime Luiz Vicari

EMENTA ADITIVA DO EXMO. SR. DES. JAIME LUIZ
VICARI

EMENTA ADITIVA (artigo 148, § 3º, do Regimento Interno, publicado no Diário de Justiça de Santa Catarina n. 10.033, de 14 de agosto de 1998).

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – NEGATIVA DE PATERNIDADE – PUBLICAÇÃO DE NOTA DE ESCLARECIMENTO – DANOS MORAIS – INOCORRÊNCIA – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

Quem esclarece, por meio de publicação em periódico, não ser pai de determinada pessoa, em razão de sentença judicial transitada em julgado, não comete ilícito civil passível de reparação, mormente porquanto se tratou de resposta à suposta filha que, por sua vez, já havia imputado a paternidade em publicação no mesmo jornal.

Quem abre mão de sigilo não pode, após, reclamar de fato decorrente de seu ato.

Cuidam os autos de recurso de apelação interposto por G. V. de O. contra sentença que julgou improcedentes os pedidos formulados na "ação de indenização por dano moral" ajuizada por si contra D. C. de O. C.

A recorrente sustenta que uma nota de esclarecimento, publicada por três dias consecutivos no periódico Correio Lageano, nos dias 3 a 5 de maio de 2003, teria lhe causado um abalo moral. Eis o teor da publicação:

Nota de esclarecimento

Dauri Celso de Oliveira Camargo. Conforme sentença judicial, esclarece a quem possa interessar, que não sou o verdadeiro pai de Gabriella Valdrigues de Oliveira, conforme afirmado pela mãe Isabel Cristina de Oliveira. Abaixo, parte da sentença excluindo a paternidade:

"Afim com a exclusão da paternidade, segundo dois exames de DNA, julgo improcedente o pedido formulado por Isabel Cristina Valdrigues de Oliveira representando sua filha Gabriela Valdrigues de Oliveira na ação de investigação de paternidade n. 039.97.004228-9, contra Dauri Celso de Oliveira Camargo".

Entretanto, essa nota foi publicada após o trânsito em julgado da sentença. Por certo que ela, por si só, poderia, em tese, causar um dano moral à recorrente.

Mas a peculiar situação dos autos aponta em sentido contrário. Um ano após o início da ação de investigação de paternidade, foram publicados, no mesmo periódico, fotos das "debutantes" do ano de 1998 e a apelante inseriu, irregularmente, o sobrenome do apelado.

Não bastasse isso, ainda explicitou que era sua filha, sem qualquer certeza ou cuidado e, da mesma forma, desrespeitou o segredo de justiça da ação de investigação de paternidade.

Mesmo que o recorrido não mais morasse no município de Lages, uma afirmação desse tipo causa, sem dúvida alguma, conseqüências indesejáveis, perante a sociedade em geral e principalmente frente a família.

A argumentação de que a apelada acreditava nas palavras de sua mãe, que afirmava que o recorrido era o seu pai, não é suficiente para justificar a inserção indevida do sobrenome e paternidade.

Quem primeiro cometeu um ilícito civil foi a recorrida; o apelado, após ter a certeza absoluta de que não era o pai da apelante, utilizou exatamente o mesmo meio – o Correio Lageano – para esclarecer os fatos.

Não há falar em abalo moral, vexame ou qualquer agressão aos direitos de personalidade. Nessa senda, muito bem fundamentada está a decisão monocrática prolatada pelo ilustre Dr. Antônio Carlos Junckes dos Santos, valendo transcrever:

Daí está que, no meu entender, a única alternativa do requerido para desfazer o conceito inserido no meio social ou restabelecer a verdade, de que não era pai da autora, era por intermédio de uma publicação em jornal, já que a paternidade dele havia sido imputada pela autora ou mãe dela, de forma pública, perante a sociedade local.

Nesse norte, nenhum ilícito praticou o réu ao divulgar a nota, até porque o conteúdo dela é verdadeiro e a verdade, efetivamente, diante dos acontecimentos e publicações anteriores, havia de ser levada ao público como forma de reparar a imagem negativa que se fazia, seja dele, ou do mal estar que causava aos seus familiares.

Desfeita a imagem distorcida sobre a veracidade dos fatos, está tudo quites. A autora publicou uma nota e o réu, depois de certo tempo respondeu. Não há que se falar em danos morais para qualquer dos dois.

Dessa forma, incorreu, no presente caso concreto, qualquer tipo de abalo moral, de modo que a sentença deve ser mantida incólume.

Assim, ousei divergir da Douta maioria e fiquei vencido, votando no sentido de conhecer e desprover o recurso.

Florianópolis, 23 de junho de 2009.

Jaime Luiz Vicari

Apelação Cível n. 2007.056483-5, da Capital

Relator designado: Des. Sérgio Izidoro Heil

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA. ALEGAÇÃO DE EXISTÊNCIA DE MÚTUO VERBAL. INCIDÊNCIA DO ARTIGO 401 DO CPC AFASTADA. NEGÓCIO FIRMADO ENTRE FILHO (MUTUANTE) E PAI (MUTUÁRIO). INÍCIO, ADEMAIS, DE PROVA ESCRITA. APLICABILIDADE DO ARTIGO 402 DO CPC. CONJUNTO PROBATÓRIO QUE PERMITE CONCLUIR PELA EXISTÊNCIA DO CONTRATO DE MÚTUO. DEVOLUÇÃO DO MONTANTE MUTUADO NÃO COMPROVADA. OBRIGAÇÃO DE RESTITUIÇÃO EVIDENCIADA. PROCEDÊNCIA DO PLEITO INICIAL. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2007.056483-5, da comarca da Capital (5ª Vara Cível), em que é apelante Felipe Annerl Silveira, e apelado Renê Rezende Silveira:

ACORDAM, em Segunda Câmara de Direito Civil, por maioria de votos, conhecer do recurso e dar-lhe provimento. Custas legais.

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de apelação cível interposto Felipe Annerl Silveira contra sentença que, nos autos da ação de cobrança n. 023.03.028741-6, movida em face de Renê Rezende Silveira, julgou improcedente o pedido inicial e condenou o autor no pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, estes fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa (fls. 318/322).

Em suas razões recursais, sustenta o apelante que: há provas bastantes nos autos – tanto documentais quanto testemunhais – da existência da dívida; o montante ora cobrado foi mutuado para fins de construção de uma pousada, a qual foi erguida e, posteriormente, vendida pelo réu; à época do empréstimo, o recorrido encontrava-se em péssima situação financeira, diferentemente do que foi alegado em contestação, ao passo que o recorrente gozava de boa situação econômica.

Concluiu com pedido de provimento do recurso para julgar procedente o pedido inicial (fls. 345/364).

Contra-arrazoado o recurso (fls. 370/373), os autos ascenderam a esta Corte de Justiça.

VOTO

Por meio da presente demanda, o autor/apelante, Felipe Annerl Silveira, almeja a condenação do réu, Renê Rezende Silveira – pai do recorrente –, à devolução de valores entregues a título de mútuo firmado verbalmente pelos litigantes, destinados à construção de uma pousada pelo demandado.

Regularmente processado o feito, a sentença, entendendo insuficientes as provas documentais e incabível a prova testemunhal, por força do disposto no artigo 401 do CPC, julgou improcedente o pedido inicial.

Não se desconhece que o ônus da prova dos fatos constitutivos do direito alegado pelo autor recai sobre este, regra contida no inciso I do artigo 333 do CPC. A tal comprovação, contudo, o Código impôs certas limitações, tal qual ocorre com a indispensabilidade de realização de exame pericial quando se tratar de questões técnicas (CPC, art. 335, parte final) ou quando o negócio jurídico que se quer provar tenha valor superior ao décuplo do salário mínimo vigente à época de sua realização (CPC, art. 401).

Muito embora exista tal restrição à atividade probatória, a própria lei tratou de abrandar o rigorismo por ela instituído, adaptando referida norma ao princípio do livre convencimento motivado – vigente em nosso sistema processual civil –, certamente prevendo a possibilidade de inconvenientes decorrentes de semelhante cerceamento. A mitigação foi instituída pelo artigo 402 do Código de Processo Civil, que sustenta a possibilidade de utilização da prova exclusivamente testemunhal, qualquer que seja o valor do contrato, em dois casos específicos:

Art. 402. Qualquer que seja o valor do contrato, é admissível a prova testemunhal, quando:

I - houver começo de prova por escrito, reputando-se tal o documento emanado da parte contra quem se pretende utilizar o documento como prova;

II - o credor não pode ou não podia, moral ou materialmente, obter a prova escrita da obrigação, em casos como o de parentesco, depósito necessário ou hospedagem em hotel.

Respeitados os entendimentos em contrário, incide, na hipótese, as autorizações de ambos os incisos do artigo 402, acima transcrito, ou, ao menos, a permissão do inciso II. Ora, autor e réu são, respectivamente, filho e pai, caracterizando-se inegável relação de parentesco, fato bastante a relaxar os rigores da norma geral, alhures mencionada, permitindo maior flexibilidade na apreciação do conjunto probatório. Assim, a alegação de impossibilidade de utilização da prova testemunhal resta derrubada, autorizando-se a utilização apenas dos depoimentos para comprovar a existência do negócio jurídico alegado na inicial.

De qualquer sorte, ainda que se reputasse inadmissível a incidência das atenuantes acima mencionadas, entendo que o conjunto probatório carreado aos autos é mais que suficiente a permitir a procedência do pedido sem que haja qualquer violação à determinação do artigo 401 do CPC.

Explica-se.

A inicial veio acompanhada dos comprovantes de depósito de fls. 25/31, documentos comprobatórios da realização de uma série de depósitos em favor do demandado, ao longo dos anos de 1991 e 1992. Embora somente alguns de tais documentos contenham a assinatura do demandante, o fato de estarem na posse deste leva à conclusão de que tais créditos foram realizados com numerário pertencente ao próprio. Ora, não pertencessem ao demandante os recursos, razão não haveria para que em suas mãos estivessem tais comprovantes. Aliás, nenhuma explicação minimamente hábil a afastar tal conclusão existe ou está comprovada nos autos.

Por outro lado, a planilha de fls. 32/38, relato minucioso do fluxo do caixa utilizado na construção da pousada de propriedade do apelado, discrimina ao menos uma parte dos créditos em conta representados pelos documentos acima mencionados, apontando datas e valores exatamente iguais àqueles dos comprovantes de depósito (créditos dos dias 19/8, 27/8 e 03/09 – fls. 27 e 29). Registra, ainda, outros valores que teriam sido entregues pelo recorrente ao demandado, mas não representados pelos comprovantes de depósitos. Tais montantes, contudo, foram repassados em dólares norte-americanos, os quais certamente não poderiam ser entregues por depósito em conta, já que não estavam em moeda corrente nacional.

Todas estas anotações de crédito vêm acompanhadas pela expressão "por ordem de FAS" ou similar. "FAS", curiosamente, corresponde às iniciais do nome do autor, Felipe Annerl Silveira, fato alegado na inicial e não impugnado na contestação, a qual deixou de apresentar qualquer outra explicação mais razoável sobre tal coincidência.

Diante de tais conexões (datas e valores dos depósitos, seu registro na planilha da obra e a observação das iniciais do recorrente em tal documento), torna-se irrefutável a constatação de que os valores recebidos pelo recorrido foram repassados pelo autor.

Válido assinalar, no ponto, que em momento algum a planilha teve sua autenticidade ou sua origem colocadas em dúvida pelo recorrido, que sequer impugnou-a especificamente, tendo calcado sua defesa apenas na alegada inexistência de provas do pacto. Assim, não havendo qualquer alegação em sentido contrário, impossível não considerar que tal documento adveio do próprio recorrido e que as informações dele constantes não correspondem ao que efetivamente ocorreu.

Não havendo qualquer dúvida acerca da origem dos recursos repassados ao recorrido, a questão que surge é a de se saber por qual razão tais montantes foram por ele recebidos, o que permitirá saber se o importe há de ser devolvido ou se tem de ficar em mãos do apelado.

Observando-se as versões apresentadas pelas partes, verifica-se que o recorrente sustentou que tais valores foram repassados em decorrência de contrato verbal de mútuo. O demandado, apresentando versão diametralmente oposta, afirmou que representavam, em verdade, devolução de um empréstimo feito anos antes, quando o apelante, recém saído dos bancos universitários, buscava iniciar empresa própria.

Como explicitado pelo recorrido em contestação, sua versão dos fatos é, realmente, mais próxima do que é usual e do que geralmente ocorre. O fato de ser algo comum, todavia, não torna inafastável a possibilidade de que a seqüência ordinária dos fatos não se repita neste ou naquele caso. Dito de outro modo, é possível que, vez por outra, os fatos não sigam o encadeamento trivial.

No caso dos autos, o conjunto probatório favorece a versão trazida pelo recorrente. As provas carreadas ao caderno processual robustecem as alegações do apelante, conferindo certeza a uma versão que, em princípio, efetivamente não soa plausível.

A prova oral produzida aponta no sentido de que as transferências debatidas nos autos representaram, efetivamente, um mútuo e não uma devolução de quantias anteriormente emprestadas.

Neste sentido, colhe-se do depoimento da testemunha Sérgio Roberto Rigo de Souza (fl. 275):

Que o autor disse ao declarante que estava emprestando dinheiro ao requerido a fim de que este construísse uma pousada e com o lucro da exploração, devolveria o dinheiro emprestado (...) Que o declarante tem conhecimento que o autor emprestou valores ao requerido (...).

Com igual teor, colhe-se das declarações da informante Gabriela Elisabeth Annerl Silveira (fls. 276/277):

Que a declarante nunca presenciou autor e requerido conversando sobre os fatos mencionados na inicial, muito menos que o autor teria emprestado certa quantia em dinheiro para que o requerido construísse, nesta cidade, uma pousada. Que o valor do empréstimo, era no total de US\$ 50.000,00 (cinquenta mil dólares). Que este valor foi enviado em parcelas ao requerido e inclusive, foram feitos depósitos bancários na conta do mesmo (...) Que a declarante não sabe dizer se o autor possui algum documento ou recibo do empréstimo, e sim, que houve entre as partes um acerto verbal (...) Que o filho mais velho da declarante de nome Ricardo, tinha conhecimento que o autor emprestava dinheiro ao requerido, todavia, nunca disse a declarante a data dos depósitos e os valores dos mesmos. Que a declarante não sabe se Ricardo presenciou o autor cobrando o débito do requerido, muito embora sabe que ele, Ricardo, tentou pedir ao réu que resgatasse o débito. Que a declarante tem conhecimento que o requerido disse a Ricardo, com relação ao resgate do débito as seguintes palavras, "já pelei ele uma vez e..." (...) Que tanto os familiares da declarante, como os demais familiares do réu sabiam dos fatos mencionados nos autos, através de notícias de família. Que a declarante soube dos fatos mencionados através dos filhos e até de familiares do requerido (...).

Há nos autos, ainda, uma declaração (fl. 176) da prima do réu, Maria Helena Guimarães Rezende, dando conta de que a transferência de numerário correspondia a um contrato de mútuo:

Eu, **MARIA HELENA GUIMARÃES REZENDE** (...) declaro que, como prima do Sr. RENÊ REZENDE SILVEIRA, tenho conhecimento de que o mesmo nunca foi pessoa de posses no período em que residiu no Rio Grande do Sul e também tenho ciência do empréstimo feito pelo Sr. FELIPE ANNERL SILVEIRA a RENÊ para a construção de uma pousada em Florianópolis – SC, no início da década de 90.

De outro lado, os documentos trazidos em anexo à réplica pelo recorrente apontam no sentido de que este gozava de situação financeira realmente melhor que aquela de seu pai. É o que se deduz da comparação entre a listagem de bens do autor, constante de sua declaração de imposto de renda referente ao ano-base de 1987 (fls. 204/208), e os bens indicados para partilha na ação de separação havida entre o réu e sua ex-esposa (fl. 187).

Observando-se o patrimônio do recorrente, verifica-se que o mesmo possuía ações de importantes sociedades comerciais brasileiras, diversos imóveis (oito, precisamente), além de poucas dívidas, cujo somatório era muito inferior ao valor do patrimônio líquido. O patrimônio do recorrido, ao que se tem provado nos autos, resumia-se aos direitos e ações relativos a apenas uma linha telefônica, único bem que lhe coube ao se separar de sua ex-esposa, mãe do ora apelante.

Como se vê, não obstante a ordem natural dos acontecimentos seja a de que, até o início da vida profissional dos filhos, os pais possuam patrimônio maior que o daqueles, tal situação não ocorreu nos presentes autos. As provas conduzem à conclusão de que a situação dos litigantes fugiu ao comum, tendo o recorrente, em pouco tempo de vida profissional, acumulado patrimônio superior àquele amealhado pelo recorrido.

Neste contexto, torna-se plenamente plausível que o apelante tenha emprestado – e, não, devolvido – dinheiro ao recorrido. O empreendimento (pousada) almejado pelo réu demandava investimento razoavelmente vultoso, pois requeria a construção de toda a infra-estrutura, com a aquisição do terreno e a edificação de uma casa. Assim, a quantia necessária para alcançar tais objetivos era significativa, de sorte a se tornar praticamente inviável para alguém em condições financeiras desfavoráveis, situação na qual, pelo que consta dos autos, se encontrava o apelado.

Diante de tal quadro, soa natural que o empreendedor recorra a financiamentos advindos de outrem, especialmente se a fonte dos recursos é seu próprio filho. Ora, há naturais vantagens em tal opção, como flexibilidade de pagamento, juros baixos ou inexistentes, dentre outras facilidades que se poderia imaginar. A opção é, certamente, mais econômica que outras, de sorte que, por evidente lógica, se torna claramente a escolha mais racional a ser feita, o que autoriza concluir pela existência de verdadeiro mútuo verbal entre as partes.

Deve-se consignar ainda que as peculiaridades da hipótese vertente autorizam que se conclua pela existência do negócio ainda que não estejam claramente delineados alguns caracteres do contrato, como a data de vencimento, eventuais juros ou outras pactuações acessórias. Ora, trata-se de avença firmada entre pai e filho, de sorte que, diante da relação de confiança existente entre os contratantes, tais condições não são convencionadas de forma precisa, com exatidão, o que torna impossível sua prova. O argumento da falta de comprovação de tais pontos da avença não permite, assim, que se conclua pela inexistência do pacto.

Por outro lado, veja-se que a versão apresentada pelo réu não encontra amparo em qualquer prova dos autos. Embora tenha alegado em contestação que os valores depositados em sua conta representaram devolução de montante anteriormente mutuado ao recorrente, nenhuma prova,

nenhum indício de tal negociação veio aos autos. O demandando, em matéria probatória, carreu aos autos exígua prova documental, tendente apenas a demonstrar sua alegada boa condição financeira, e sequer pleiteou a produção de prova oral. Assim, nada, absolutamente nada, trouxe para amparar sua tese, ônus que lhe cabia por força do artigo 333, II, do CPC, do qual claramente não se desincumbiu a contento.

Diante do quadro probatório carreado aos autos, torna-se inegável a realização de contrato de mútuo entre os ora litigantes. Assim, não existindo prova de que a verba mutuada foi devolvida, torna-se imprescindível a condenação do réu ao reembolso do autor, nos moldes do que preceitua o contrato de mútuo.

Cabe, ainda, uma última observação. Embora a mãe do apelante, ex-esposa do recorrido, tenha afirmado que o mútuo alcançou a cifra de US\$ 50.000,00 (cinquenta mil dólares norte-americanos), não se pode tomar tal declaração como prova cabal do valor da dívida. Diversamente, deve-se considerar como montante devido aquele decorrente do somatório dos valores comprovadamente depositados em conta-corrente (comprovantes de fls. 25/31) e aqueles lançados nos campos "por ordem FAS" ou equivalente, da planilha de fls. 32/38, utilizando-se, quando cabível, a cotação oficial do dólar norte-americano do dia do desembolso e excluídos os lançamentos dúplices, representados pelos comprovantes de depósito e apresentados na planilha. Por se tratar de montante que pode ser descoberto por mero cálculo aritmético, torna-se dispensável liquidação de sentença por artigos ou por arbitramento.

Tais valores devem ser acrescidos de juros de mora a contar da citação, nos termos do artigo 219 do CPC, e correção monetária, pelo INPC, desde o desembolso de cada quantia.

Por fim, dado o julgamento de procedência do pedido inicial, deve-se condenar o réu, ainda, ao pagamento da totalidade das custas processuais

e dos honorários advocatícios, estes fixados em 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação, em atenção ao que dispõe o artigo 20, § 3º, do CPC.

Ante o exposto, vota-se no sentido de conhecer do apelo e dar-lhe provimento para julgar procedente o pedido inicial e condenar o réu à devolução dos valores mutuados, a serem apurados em sede de liquidação de sentença, nos moldes da fundamentação, e ao pagamento da totalidade das custas processuais e dos honorários advocatícios, estes fixados em 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação.

DECISÃO

Nos termos do voto do relator, a Câmara, por maioria de votos, conheceu do apelo e deu-lhe provimento para julgar procedente o pedido inicial e condenar o réu à devolução dos valores mutuados, a serem apurados em sede de liquidação de sentença, nos moldes da fundamentação, e ao pagamento da totalidade das custas processuais e dos honorários advocatícios, estes fixados em 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação. Vencido o Exmo. Sr. Des. Luiz Carlos Freyesleben, que negava provimento ao recurso.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Mazoni Ferreira, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Luiz Carlos Freyesleben.

Florianópolis, 20 de agosto de 2009

Sérgio Izidoro Heil
RELATOR DESIGNADO

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Luiz Carlos Freyesleben

Ousei divergir da douta maioria no que diz respeito à prova de existência de mútuo verbal entre pai e filho.

Com a devida vênia do entendimento dos meus eminentes pares, entendo que, em se tratando de mútuo verbal, o ônus da prova é do autor, quanto aos fatos constitutivo de seu direito, conforme o artigo 333, I, do Código de Processo Civil. E tanto é assim que o eminente Professor Ovídio A. Batista da Silva, ao tratar do tema, ensina:

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: Sérgio Antônio Fabris, 1996. p. 289).

Antônio Cláudio da Costa Machado, comentando o artigo 333 do Código de Processo Civil, destaca:

Ônus é encargo processual (não obrigação nem dever) cujo não-desincumbimento acarreta um gravame previamente estabelecido. O dispositivo, gera, em tese, a perda da causa pelo não-reconhecimento judicial de fato relevante (dizemos "em tese" porque a norma contida neste art. 333 não é absoluta). Observe-se que pela instituição do ônus da prova fica entregue ao juiz um critério objetivo e seguro que sempre permitirá uma solução de mérito para a causa (*Código de processo civil interpretado*. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 282).

Como forma de reforçar a posição encampada neste voto, não é demais evocar lição do eminente Humberto Theodoro Júnior:

Não há um dever de provar, nem à parte contrária assiste o direito de exigir a prova do adversário. Há um simples ônus, de modo que o litigante assume o risco de perder a causa se não provar os fatos alegados e do qual depende a existência do direito subjetivo que pretende resguardar através da tutela jurisdicional. Isto porque, segundo a máxima antiga, fato alegado e não provado é o mesmo que fato inexistente (*Curso de direito processual civil*. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 423).

Outra não é a interpretação pretoriana:

Incumbe ao autor o ônus de provar os fatos constitutivos do direito subjetivo alegado, a teor do disposto no artigo 333, I, do Código de Processo Civil, sob pena de improcedência da sua pretensão (Ap. Cív. n. 2004.028136-5, de Araranguá, deste Relator, j. 28-9-2007).

Não tendo a autora/apelante comprovado o fato constitutivo de seu direito, no momento em que o articulou, desatendido restou o preceito insculpido no art. 333, I, do CPC (Ap. Cív. n. 2006.007603-8, da Capital, rel. Des. Fernando Carioni, j. 19-9-2006).

No caso, a prova documental juntada ao processo, quais sejam, as ordens de pagamento feitas pelo apelante na conta corrente do apelado (fls. 25-31), a planilha de cálculos (fls. 32-39) e o pacto de empreitada (fls. 40-41) não provam a existência de um contrato verbal de mútuo, pois não há, em nenhum dos documentos juntados, o reconhecimento do apelado quanto à existência da dívida exigida pelo apelante. Ademais, o empréstimo de que se cuida não pode ser provado unicamente por prova testemunhal, em face das disposições do artigo 401 do Código de Processo Civil: "A prova exclusivamente testemunhal só se admite nos contratos cujo valor não exceda o décuplo do maior salário mínimo vigente no país, ao tempo em que foram celebrados".

De qualquer modo, mesmo que se pudesse considerar unicamente a prova testemunhal, as pessoas ouvidas, pelo juiz de direito, não coonestam a versão do autor, porquanto não tenham presenciado o suposto negócio

jurídico entre pai e filho (fls. 275-277), em nada contribuindo para o deslinde da causa.

Na verdade, o doutor juiz de direito Saul Steil analisou com precisão os fatos a ele levados, vindo a concluir, corretamente, que a solução mais coerente com a prova enfiada no processo era julgar improcedente os pedidos iniciais. E seu posicionar harmoniza-se, à perfeição, com precedentes desta Câmara. Por isto mesmo, aproprio-me de parte da sentença increpada para fundamentar meu voto, já que manifesto convergência com o que ali está consignado.

Disse Sua Excelência:

Incumbia ao autor produzir a prova de seu direito, ou seja, da ocorrência do empréstimo verbal que alega ter ocorrido entre o mesmo e o requerido, o qual se baseia exclusivamente nos documentos juntados às fls. 25/39 e na prova testemunhal colhida na audiência de instrução e julgamento.

Acerca dos documentos de fls. 25/31, ou seja, depósitos efetuados pelo autor na conta corrente do requerido, não demonstram a existência do referido contrato verbal, pois ditos depósitos podem ter ocorrido em face de outro negócio que não o relatado na exordial, não podendo servir de prova documental no sentido de reconhecimento de débito por parte do requerido, uma vez que um depósito bancário não tem o valor de um título de crédito. Por outro lado, o relatório de fls. 32/39, igualmente não se presta de prova documental para comprovar o reconhecimento do débito exigido pelo autor na inicial em face do requerido, pois o referido documento se trata apenas de uma planilha de débitos e créditos, não havendo nenhuma menção de reconhecimento de dívida por parte do réu. Assim, tratando-se de cobrança no valor de R\$ 301.656,27, valor que excede em muito o décuplo do salário mínimo vigente, nos moldes do art. 401 do Código de Processo Civil, não se admite a prova exclusivamente testemunhal.

Determina o art. 401 do Código de Processo Civil: "A prova exclusivamente testemunhal só se admite nos contratos cujo valor não exceda o décuplo do maior salário mínimo vigente no país, ao tempo em que foram celebrados".

Como o ônus da prova incumbia ao autor quanto ao fato substitutivo do seu direito, conforme art. 333, I, do CPC e, não tendo logrado o requerente em produzir a prova dos fatos alegados na inicial, não se desincumbiu de seu ônus, devendo a ação ser julgada improcedente.

Essas as razões pelas quais divergi da douta maioria e votei pelo desprovimento do recurso do autor para manter a sentença vergastada que julgou improcedente o pedido inicial ante a ausência de provas do fato constitutivo do autor.

Florianópolis, 28 de agosto de 2009

Luiz Carlos Freyesleben
DESEMBARGADOR

Apelação Cível n. 2003.016444-8, de Blumenau

Relator: Des. Subst. Jaime Luiz Vicari

RESPONSABILIDADE CIVIL – DANOS MATERIAIS E MORAIS – SERVIÇOS DE TERRAPLANAGEM – DESABAMENTO DE PARTE DE IMÓVEL VIZINHO – DEMANDA PROPOSTA CONTRA O DONO DA OBRA – DENUNCIÇÃO DA LIDE À EMPREITEIRA – SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA DA LIDE PRINCIPAL E DE IMPROCEDÊNCIA DA LIDE DENUNCIADA.

AGRAVO RETIDO – INTERPOSIÇÃO CONTRA DECISÃO DO RELATOR QUE INDEFERIU A JUNTADA DE DOCUMENTOS EM GRAU RECURSAL – MODALIDADE DE AGRAVO QUE É ADMITIDA APENAS CONTRA DECISÕES INTERLOCUTÓRIAS PROFERIDAS POR JUÍZES DE PRIMEIRA INSTÂNCIA – RECURSO INADEQUADO – AUSÊNCIA DE REQUISITO INTRÍNSECO DE ADMISSIBILIDADE (CABIMENTO) – PRINCÍPIO DA UNIRRECORRIBILIDADE OU UNICIDADE DOS RECURSOS – AGRAVO NÃO CONHECIDO.

O agravo retido regulado pelo artigo 523 do diploma processual não é cabível contra decisão do relator em grau recursal. Nem mesmo o § 4º do artigo 523, na redação conferida pela Lei n. 10.352/2001 – vigente ao tempo da interposição e que dispunha caber agravo retido contra decisões posteriores à sentença –, permitia interpretação nesse sentido, pois os recursos contra decisão do relator vinham regulados em artigos distintos e não se confundiam com os agravos (por instrumento e retido) de decisão de juiz de primeiro grau.

Se cabia algum recurso contra a decisão do relator que indeferiu a juntada de documentos, era o agravo regimental previsto no artigo 195, *caput*, do RITJSC.

APELAÇÃO CÍVEL INTERPOSTA PELO RÉU DENUNCIANTE.

PRELIMINARES – CERCEAMENTO DE DEFESA PELO JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE – DESNECESSIDADE DE PRODUÇÃO DE PROVA EM AUDIÊNCIA – EXISTÊNCIA DE ELEMENTOS DE CONVICÇÃO A PERMITIR CONCLUSÃO SEGURA ACERCA DA RESPONSABILIDADE DO RÉU – NULIDADE NÃO CONFIGURADA.

Se, por meio das provas existentes, o juiz de primeiro grau formou seu convencimento e fundamentou adequadamente a sentença, não se pode cogitar tenha o julgamento antecipado da lide se constituído em limitação ao direito de defesa do recorrente, mas, sim, no exercício regular da livre convicção motivada do julgador.

ILEGITIMIDADE PASSIVA – ALEGADA NECESSIDADE DE CHAMAMENTO AO PROCESSO DA PREFEITURA DE BLUMENAU E DO CREA, RESPONSÁVEIS PELA APROVAÇÃO DO PROJETO DE TERRAPLANAGEM – INCONFUNDIBILIDADE ENTRE O CHAMAMENTO AO PROCESSO E A PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE – TEORIA DA ASSERTÇÃO – EXAME DAS CONDIÇÕES DA AÇÃO QUE SE REALIZA DE ACORDO COM A NARRATIVA DO AUTOR – CONCLUSÕES PERICIAIS RELATIVAS À RESPONSABILIDADE PELO SINISTRO – MÉRITO – PRELIMINAR REJEITADA.

O chamamento ao processo não guarda relação com a preliminar de ilegitimidade passiva, pois não se destina a substituir o polo passivo da relação processual, mas, sim, trazer para o pro-

cesso aquele terceiro que solidariamente com o réu responderá perante o autor.

"[...] as condições da ação são analisadas *in statu assertionis*, ou seja, deve-se considerar a narrativa do autor, ainda que falsa. Logo, se dito que o autor é credor e se dirige ação em relação àquele que, na petição inicial, é apresentado como devedor, a demanda está bem formada. Porém, caso a instrução revele que não houve relação de crédito, não será caso de carência. Ocorrerá julgamento de mérito, pois as condições da ação (analisadas de acordo com as afirmações do autor) estavam, em tal perspectiva, presentes (Kazuo Watanabe, *Da Cognição no Processo Civil*, p. 55 e ss.)" (PEREIRA, Hélio do Valle. *Manual de direito processual civil: roteiros de aula – processo de conhecimento*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007. p. 89).

ARGUIÇÃO DE NULIDADE DA SENTENÇA *ULTRA PETITA* – INCLUSÃO DE JUROS MORATÓRIOS NÃO RECLAMADOS PELO AUTOR – ARTIGO 293 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – VÍCIO NÃO CONFIGURADO.

"Os pedidos são interpretados restritivamente, compreendendo-se, entretanto, no principal os juros legais" (artigo 293 do Código de Processo Civil).

MÉRITO DA LIDE PRINCIPAL – ALEGAÇÃO DE CLANDESTINIDADE DE PARTE DA EDIFICAÇÃO ASSENTADA SOBRE O IMÓVEL DA AUTORA – FALTA DE HABITE-SE – VÍCIOS DE CONSTRUÇÃO – PRETENDIDA REDUÇÃO DO MONTANTE INDENIZATÓRIO – INACOLHIMENTO – NÃO DEMONSTRAÇÃO DE NEXO CAUSAL ENTRE TAIS DEFEITOS E A OCORRÊNCIA DO SINISTRO – LAUDO PERICIAL QUE APONTA COM PRECISÃO AS CAUSAS DO EVENTO – REJEIÇÃO, PELO NOSSO ORDENAMENTO, DA TEORIA DA CULPA CONTRA A LEGALIDADE – MURO DE ARRIMO

– LAUDO PERICIAL QUE ATESTA A INDISPENSABILIDADE DE SUA EDIFICAÇÃO.

Se não há provas de que a falta de habite-se e as demais irregularidades referentes à parte do imóvel que desabou encontravam-se situadas no curso causal que levou ao sinistro, impossível falar em contribuição da vítima para o evento danoso, mormente quando as conclusões periciais são firmes em apontar a empreitada no imóvel do réu como causa única dos danos.

Nosso direito não abraçou a chamada *teoria da culpa contra a legalidade*, segundo a qual a mera transgressão de uma norma regulamentária levaria à materialização da culpa. Por isso, o fato da edícula não ter projeto aprovado pela prefeitura e a propriedade da apelada não contar com habite-se não podem, só por si, ser consideradas causas ou concausas do sinistro.

DIREITO DE VIZINHANÇA – CONSTRUÇÃO – RESPONSABILIDADE DO PROPRIETÁRIO PELOS DANOS EM IMÓVEL VIZINHO – ARTIGO 572 DO CÓDIGO CIVIL DE 1916 – SOLIDARIEDADE COM O EMPREITEIRO.

O proprietário que causa danos ao imóvel vizinho tem o dever de indenizar o prejuízo causado, responsabilidade esta que não é afastada pela do construtor perante o dono da obra ou perante terceiros (vizinhos ou não), instaurando-se solidariedade entre ambos pela reparação do dano causado.

INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – PROVA – DESNECESSIDADE – DANO QUE SE INFERE DA GRAVIDADE DO ILÍCITO DE QUE FOI VÍTIMA A AUTORA – *QUANTUM* INDENIZATÓRIO – SENTENÇA QUE O ARBITRA EM 300 SALÁRIOS MÍNIMOS – NECESSIDADE DE REDUÇÃO – R\$ 30.000,00 – MONTANTE SUFICIENTE PARA DISSUADIR O CAUSADOR DO DANO E JUSTO PARA REPARAR O PREJUÍZO – JUROS MORATÓRIOS INCIDENTES A PARTIR DA

DATA DO EVENTO DANOSO – ARTIGO 962 DO DIPLOMA CIVIL DE 1916 – SÚMULA 54 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA DA LIDE PRINCIPAL – MANUTENÇÃO DO FIXADO NA SENTENÇA.

A gravidade do ilícito cometido torna indubitável a caracterização do dano moral, pois este "está ínsito na própria ofensa, decorre da gravidade do ilícito em si. Se a ofensa é grave e de repercussão, por si só justifica a concessão de uma satisfação de ordem pecuniária ao lesado" (CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 6. ed. rev. aument. e atual. 3. tir. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. p. 108).

"Os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual" (Súmula 54 do Superior Tribunal de Justiça).

A redução do montante da indenização por danos morais não implica sucumbência recíproca, conforme entendimento sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça: "Na ação de indenização por dano mora, a condenação em montante inferior ao postulado na inicial não implica sucumbência recíproca" (verbete 326).

DENUNCIÇÃO DA LIDE – SENTENÇA QUE CONCLUI PELA AUSÊNCIA DE CULPA DA EMPREITEIRA – NECESSIDADE DE REFORMA – RESPONSABILIDADE EXTRA-CONTRATUAL OBJETIVA – ARTIGO 1.245 DO CÓDIGO CIVIL DE 1916 – INOCORRÊNCIA DE FORTUITO EXTERNO – RESPONSABILIDADE, ADEMAIS, NÃO EXCLUÍDA PELA OCORRÊNCIA DE ERRO DE PROJETO – SOCIEDADE ESPECIALIZADA EM SERVIÇO DE TERRAPLANAGEM E QUE POSSUI EM SEU QUADRO FUNCIONAL REPONSÁVEL TÉCNICO CAPAZ DE AVALIAR A ADEQUAÇÃO DOS PROJETOS PARA OS QUAIS É CONTRATADA – EXECUÇÃO DO SERVIÇO EM ÁREA DIVERSA DA CONSTANTE DO PEDIDO DE ALVARÁ

PROTOCOLIZADO NA PREFEITURA – RECONHECIMENTO DA RESPONSABILIDADE DA DENUNCIADA.

A responsabilidade extracontratual do empreiteiro é objetiva (não se questiona da existência de culpa) e resulta do seu dever de garantir a solidez e a segurança da obra (artigo 618 do Código Civil atual ou artigo 1.245 do Código Revogado), garantia essa que é de ordem pública, estabelecida em defesa da incolumidade e segurança coletivas. A responsabilidade objetiva do empreiteiro, somente é excluída pelo chamado *fortuito externo*, que é aquele que não guarda nenhuma relação de causalidade com a atividade de risco, retratando a absoluta ausência denexo causal. Os erros do projeto não se classificam como *fortuitos externos*, porquanto incorporaram-se à atividade de risco desempenhada pela empreiteira, que os materializou em prejuízo de terceiro.

A denunciada, como sociedade especializada em serviços de terraplanagem, que possui em seu quadro funcional um responsável técnico, tem condições de proceder à análise do projeto e concluir a respeito de seu desacerto. Ademais, "o empreiteiro não se exime do dever de indenizar praticando atos ou anuindo a determinações arbitrárias ou ambiciosas do proprietário, pois sabe, por ser um técnico, que estaria a erguer uma obra sem os requisitos indispensáveis à sua solidez e segurança" (CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa *de responsabilidade civil*. 6. ed. rev. aument. e atual. 3. tir. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. p. 108).

DENUNCIÇÃO DA LIDE – RÉU QUE REQUER EM SUA RESPOSTA A DENUNCIÇÃO DA LIDE OU, A CRITÉRIO DO JUIZ, O CHAMAMENTO AO PROCESSO – DEFERIMENTO DA DENUNCIÇÃO – VÍNCULO DE SOLIDARIEDADE ENTRE DENUNCIANTE E DENUNCIADA – HIPÓTESE QUE DEMANDARIA, A RIGOR, O CHAMAMENTO AO PROCESSO – SOLIDARIEDADE NA RELAÇÃO DE DIREITO

MATERIAL QUE DEVE SER TRANSPORTADA PARA A RELAÇÃO PROCESSUAL – RECONHECIMENTO DA RESPONSABILIDADE DIRETA DO DENUNCIADO – PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS E ESCÓLIOS DOUTRINÁRIOS – POSSIBILIDADE EXCEPCIONAL DE CONDENAÇÃO SOLIDÁRIA DO DENUNCIANTE E DO DENUNCIADO – MEDIDA RECOMENDÁVEL NO CASO – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO – INVERSÃO DO ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA DA LIDE DENUNCIADA.

Na denunciação, autor ou réu, precavendo-se de possível insucesso na causa já instaurada, demanda, simultaneamente, o terceiro que, por lei ou por contrato, tenha a obrigação de reparar-lhe os prejuízos, ou seja, instaura, nos mesmos autos, outra relação processual que visa a garantir o exercício do direito regressivo por meio de sentença condenatória. Não há na denunciação (de regra) relação entre o denunciado e o adversário do denunciante.

O chamamento ao processo, por seu turno, é o meio pelo qual o réu convoca a compor a relação processual os demais devedores responsáveis pelo cumprimento da obrigação reclamada. O chamamento assenta-se na solidariedade passiva, de maneira que o "terceiro" chamado pelo réu é devedor solidário da obrigação exigida pelo autor e, por isso, passará a integrar a demanda como *parte* e estará sujeito aos mesmos efeitos do pedido feito em relação ao demandado original.

Em casos como o dos autos, em que solidariedade e regresso aparecem conjuntamente, torna-se difícil às partes e mesmo ao julgador diferenciar se o caso é de chamamento ou de denunciação. Nessas hipótese, prepondera o chamamento ao processo.

A relação de direito material discutida evidencia que empreiteira e o proprietário são solidariamente responsáveis pelos danos decorrentes do fato da construção. Não atenderia aos reclamos

da justiça dar-se à relação de direito processual coloração diversa da que subjaz no âmbito material, ignorando-se a existência de solidariedade.

A admissão da denunciação da lide não se mostra apropriada, pois como há solidariedade entre proprietário e empreiteira – que dizer, ambos respondem pela integralidade da dívida comum (artigo 275 do Código Civil) –, inviável que eventual sentença proferida no moldes do artigo 76 do Código de Processo Civil atendesse eficientemente aos interesses em conflito, já que, a par de não reconhecer a solidariedade existente, restringir-se-ia a conferir título executivo ao denunciante (apelante) para exercício de direito regressivo contra a empreiteira, a qual, no âmbito material, como devedora solidária, seria responsável apenas por sua quota (50%) da obrigação (artigo 283 do Código Civil, correspondente ao artigo 913 do Código Civil revogado) e não pela integralidade dos prejuízos sentidos pelo denunciante que perdeu a demanda.

APELAÇÃO CÍVEL INTERPOSTA PELO DENUNCIADO –
PRETENDIDA MAJORAÇÃO DA VERBA HONORÁRIA –
INVERSÃO DO ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA NO JULGAMENTO
DO RECURSO INTERPOSTO PELA PARTE DENUNCIANTE
– APELO DO DENUNCIADO PREJUDICADO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2003.016444-8, da Comarca de Blumenau (3ª Vara Cível), em que são apelantes e apelados Alan Segala, Terraplanagem e Transportes Zabel Ltda. e Carmelina Santa dos Santos:

ACORDAM, em Segunda Câmara de Direito Civil, por votação unânime, não conhecer do agravo retido, dar parcial provimento à apelação

interposta por Alan Segala, e julgar prejudicado o apelo interposto por Terraplanagem e Transportes Zabel Ltda. Custas legais.

RELATÓRIO

Carmelina Santa dos Santos deflagrou "ação de indenização c/c pedido de tutela antecipada" contra Alan Segala, na qual relatou ser proprietária de um imóvel localizado na cidade de Blumenau, sobre o qual teria construído uma casa de alvenaria e uma edícula.

Afirmou que o réu, sócio da empresa Segala's Distribuidora de Alimentos Ltda. e proprietário do imóvel que faz divisa com o da autora, teria iniciado, em 12 de novembro de 1998, após a obtenção de autorização em nome daquela pessoa jurídica – por meio de processo administrativo que teve como engenheiro responsável Rui Witte –, serviço de terraplanagem no local.

Segundo narrou a autora, em 2 de dezembro de 1998, por conta do excesso de extração de terra na estrema dos imóveis, foram verificadas as primeiras fissuras na parede da edícula, que terminou por desabar em 16 de dezembro de 1998, e rachaduras na piscina, no *deck* e nas calçadas edificadas pela autora.

Sustentou que o réu não teria empregado as cautelas necessárias na execução do projeto de terraplanagem, além de ter deixado de realizar estudo sobre a capacidade de suporte do terreno e desobedecido ao projeto original aprovado pela Prefeitura de Blumenau.

Disse ter promovido medida cautelar de antecipação de prova, autuada sob o n. 008.99.005667-5, na qual foi realizada perícia técnica por engenheiro nomeado pelo Juiz, apurada a responsabilidade do réu e estimado o valor de R\$ 44.220,48 para a recuperação do imóvel.

Asseverou ser necessária a construção de um muro de arrimo para que fossem evitados novos desmoronamentos.

Após outras considerações, pugnou pelo deferimento de medida antecipatória de tutela consistente na expedição de ordem para que o réu construa referido muro de arrimo, e sua condenação ao pagamento de indenização por danos materiais no valor de R\$ 45.235,14 e de indenização por danos morais em valor a ser arbitrado pelo juiz.

Em contestação, o réu argüiu a preliminar de sua ilegitimidade passiva, ao fundamento de que a própria autora admitira que a causa dos danos em seu imóvel foi a terraplanagem executada pela Terraplanagem e Transportes Zabel Ltda., empresa contratada pela ré para realização do serviço.

Nessa senda, relatou que essa mesma empresa foi quem providenciou a aprovação do projeto na Prefeitura de Blumenau e que, por possuir como responsável técnico um engenheiro civil inscrito no Crea/SC, seria ela a responsável pelo erro de projeto constatado pelo perito judicial.

Sustentou ser do empreiteiro a responsabilidade por qualquer defeito de construção resultante do vício do solo.

Com esteio nesses fundamentos, reclamou a denúncia da lide ou o chamamento ao processo da empresa Terraplanagem e Transportes Zabel Ltda.

Impugnou o pedido de antecipação de tutela e o valor apontado pela autora como devido a título de indenização por danos materiais.

Disse que, após tomar ciência das reclamações da autora, teria ingressado em juízo com um pedido cautelar de produção antecipada de provas (autos n. 008.99.001759-9) dirigido contra a Terraplanagem e Transportes Zabel Ltda., Bóris Welgatch, Regina Aparecida Morastoni Welgatch, Odásio Voigt e Isolde Voigt.

Com relação à cautelar de antecipação de provas n. 008.99.005667-5, promovida pela autora contra Segala's Distribuidora de Alimentos Ltda., disse que a prova pericial nela produzida atribuiria os danos à empresa Terraplanagem e Transportes Zabel Ltda.

Asseverou que a edícula existente no imóvel da autora teria sido construída clandestinamente, já que não possuía aprovação da Prefeitura Municipal de Blumenau, fato esse que teria contribuído para o desabamento e que deveria ser levado em conta na apuração da responsabilidade da ré.

Referiu não estar caracterizado o dano moral, pois, segundo sustentou, para sua configuração necessário seria que o réu houvesse agido com dolo.

Requeriu, por fim, o acolhimento da preliminar, com a extinção do feito sem exame do mérito; a denúncia da lide ou o chamamento ao processo da Terraplanagem e Transportes Zabel Ltda.; o indeferimento da medida antecipatória de tutela; e o final julgamento de improcedência dos pedidos.

Após impugnação à contestação (fls. 102-108), pelo Juiz foi deferida a antecipação de tutela requerida pela autora e a denúncia da lide promovida pelo réu (fls. 126-127).

Pela denunciada Terraplanagem Zabel Ltda. foi oferecida contestação (fls. 136-145), na qual sustentou ser a denunciante parte legítima para figurar no polo passivo da demanda.

Afirmou não ter nenhuma responsabilidade pelos danos descritos na inicial, já que teria sido contratada para realizar apenas o corte, o carregamento, o transporte, o "espalhamento" e a compactação do barro, e não para obter alvará, elaborar projeto de execução ou realizar "qualquer serviço atinente à possibilidade de realização da obra".

Nessa senda, destacou que, por ocasião de sua contratação pelo denunciante, "todos os trâmites do projeto já haviam sido realizados".

Sustentou ter atendido todas as normas indicadas no projeto, motivo pelo qual não haveria falar em erro de execução, bem como asseverou que o engenheiro civil Paulo Schaff seria o responsável técnico da empresa perante o Crea e a pessoa habilitada a realizar projetos de terraplanagem.

Disse que, segundo o laudo pericial elaborado nos autos da medida cautelar de antecipação de prova, teria havido "erro técnico de projeto" no tocante à inclinação dos taludes e que isso configuraria fato de terceiro, causa excludente de responsabilidade civil, imputável ao agrimensor contratado pelo réu.

Invocou a excludente de caso fortuito, sob o argumento de que não poderia prever o erro no projeto, impugnou o montante dos prejuízos alegados pela autora e disse que tais deveriam ser apurados em liquidação de sentença.

Aduziu a inépcia do pedido de indenização por danos morais que não indica o valor da reparação pretendida e, ao final, requereu o julgamento de improcedência da denúncia.

Autora (fls. 151-153) e réu (fls. 154-161) manifestaram-se sobre a contestação da denunciada.

Em audiência, sem êxito na tentativa de conciliação, o Juiz rejeitou a preliminar de ilegitimidade passiva do réu, fixou os pontos controvertidos, deferiu a produção da prova pericial e, a pedido da autora, suspendeu a execução da medida antecipatória da tutela (fl. 162).

Juntado aos autos o laudo pericial (fls. 200-227), manifestaram-se as partes e, em seguida, pelo Juiz, foi proferida sentença que julgou procedente a demanda principal, para condenar o réu: 1) ao pagamento de indenização por danos materiais no valor de R\$ 44.220,48, atualizados

desde a elaboração da perícia e acrescidos de juros de mora desde a data do desabamento (16-2-1998); 2) ao pagamento de indenização por danos morais fixada em 300 salários mínimos vigentes ao tempo do trânsito em julgado, com juros moratórios a contar de 16-2-1998; 3) à feitura de muro de arrimo, "cujo valor despendido será descontado da indenização por danos materiais".

A mesma sentença julgou improcedente o pedido de denunciação da lide.

Irresignado, Alan Segala interpôs o presente recurso de apelação cível.

Em suas razões recursais (fls. 286-348), impugnou, preliminarmente, o indeferimento do pedido de chamamento ao processo do Crea e da Prefeitura Municipal de Blumenau, que, segundo disse, teriam aprovado os projetos de terraplanagem sem nenhuma espécie de ressalva.

Relevou, nessa senda, que se o magistrado *a quo* entendia como intempestivo o pedido de chamamento, deveria, ao menos, ter declarado a ilegitimidade passiva do apelante.

Disse que foi a empresa denunciada, Terraplanagem e Transportes Zabel Ltda., quem teria se responsabilizado pela aprovação do projeto e alvará de terraplanagem perante a Prefeitura Municipal de Blumenau e o Crea, conforme documentos juntados às fls. 95 e 97, dos quais constaria o nome do engenheiro Paulo Scharf como responsável técnico daquela empresa.

Arguiu cerceamento de defesa em razão do julgamento antecipado da lide, tendo sustentado a necessidade da tomada de depoimentos pessoais e da ouvida de testemunhas em audiência. Nessa linha, disse ter protestado, em sua contestação, pela produção da prova testemunhal.

Quanto à denúncia da lide, asseverou que a prova dos autos indicaria participação ativa da denunciada na aprovação dos projetos no Crea e na Prefeitura Municipal de Blumenau, o que evidenciaria sua responsabilidade pelos danos, já que a ela cabia a responsabilidade técnica pelos serviços executados, "sendo seu o dever de verificar se o projeto estava de acordo com as normas técnicas, bem como verificar se o solo em debate era passível de movimentação".

Sustentou ter contratado os serviços da denunciada por acreditar que ela tinha profissionais com conhecimento técnico tanto para providenciar a aprovação do projeto, quanto para executar os serviços de terraplanagem, e afirmou que a possibilidade de existir erro do projeto não isentaria a denunciada da responsabilidade pelo danos.

No tocante à lide principal, disse que a edícula teria sido edificada de modo irregular e clandestino, fator determinante para o seu desabamento, de maneira que, do montante dos prejuízos apresentado na perícia, deveria ser deduzido o *quantum* correspondente à responsabilidade da própria apelada.

Nessa senda, defendeu que "as fissuras da casa, calçadas, piscina e *deck*, da mesma forma, são decorrentes de inobservância das normas técnicas durante a construção, o que se confirma pela inexistência de alvará de habite-se até o presente momento".

Impugnou a condenação à obrigação de fazer consistente na construção de muro de arrimo, ao argumento de que, como as atividades de terraplanagem já haviam encerrado, não haveria mais nenhum risco de desabamento do imóvel da apelada. Deduziu que, caso mantida essa condenação, haveria de ser limitada à construção de muro divisor.

No atinente aos danos morais, insistiu no argumento de que a responsabilidade pelos danos ocorridos no imóvel seria do Crea, da Prefeitura

Municipal de Blumenau e da denunciada, Terraplanagem e Transportes Zabel Ltda.

Referiu não ter a apelada comprovado em que consistiria o dano moral, já que não demonstrara nenhuma lesão a direito de personalidade, e impugnou o *quantum* indenizatório fixado a esse título.

Aduziu a nulidade da sentença *ultra petita*, ao fundamento de que o juiz teria incluído na condenação a incidência de juros moratórios, que não tinham sido pedidos pela apelada.

Opôs-se, ainda, à aplicação de juros sobre o montante da indenização por danos morais a contar da data do desabamento da edícula. A esse respeito, disse que os juros de mora apenas poderiam incidir a partir da citação.

Impugnou a fixação dos honorários advocatícios e dos honorários periciais. Por fim, requereu: I) o recebimento do recurso nos efeitos devolutivo e suspensivo; II) a declaração de sua ilegitimidade passiva ou, subsidiariamente, que se proceda ao chamamento ao processo do Crea e da Prefeitura Municipal de Blumenau; III) a declaração de nulidade por cerceamento de defesa; IV) o julgamento de procedência da denunciação da lide; V) a redução do *quantum* fixado a título de indenização por danos materiais; VI) a redução da condenação relativa à construção do muro de arrimo, substituindo-a pela construção de muro divisor; VII) a reforma da sentença no tocante à condenação por danos morais ou a redução do montante indenizatório correspondente; VIII) a declaração de nulidade da sentença *ultra petita* ou o afastamento dos juros moratórios; IX) a redução dos honorários advocatícios e a reforma da condenação ao pagamento dos honorários periciais.

A denunciada Terraplanagem e Transportes Zabel Ltda. ofereceu contra-razões (fls. 355-360), em que disse não ser cabível, neste momento, o chamamento ao processo.

Asseverou não haver falar em cerceamento de defesa, já que o agrimensor Rui Witte já teria prestado seu testemunho, sob compromisso, perante o Juízo da 1ª Vara Cível da comarca de Blumenau, ocasião em que afirmou ter sido contratado pelo ora apelante.

Considerou acertados os fundamentos constantes da sentença e requereu o improvimento do apelo interposto por Alan Segala.

A apelada Carmelina Santa dos Santos contra-arrazoou o apelo (fls. 380-402)

Recurso de apelação cível também foi interposto pela denunciada Terraplanagem e Transportes Zabel Ltda. (fls. 372-375), no qual reclamou elevação da verba honorária arbitrada em favor de seu procurador.

Após contrarrazões de Alan Segala (fls. 406-412), Terraplanagem e Transportes Zabel Ltda. apresentou agravo retido (fls. 442-444) contra a decisão do Relator que indeferiu a juntada de documentos.

VOTO

Cuida-se de apelações cíveis interpostas por Alan Segala e Terraplanagem e Transportes Zabel Ltda. contra a sentença que julgou procedente a "ação de indenização" deflagrada por Carmelina Santa dos Santos, e improcedente a denunciação da lide promovida pelo apelante pessoa física contra a pessoa jurídica.

Preliminarmente, imperioso que se resolva acerca do recurso de agravo retido interposto pela também apelante Terraplanagem e Transportes Zabel Ltda. contra a decisão do relator que indeferiu pedido de juntada de documentos em grau recursal (fl. 438).

A impugnação não merece ser conhecida.

É que o recurso de agravo retido, assim como o agravo de instrumento, somente é admissível contra decisões interlocutórias proferidas por juízes de primeira instância.

Contra determinadas decisões do relator, são cabíveis os chamados agravos internos, modalidades distintas daqueles agravos regulados pelos artigos 522 e seguintes do Código de Processo Civil. Pode-se citar, exemplificativamente, o agravo contra a decisão que rejeita de plano o conflito de competência (artigo 120, parágrafo único); o agravo contra a decisão que nega ou dá provimento de plano ao recurso (artigo 557, § 1º); e o agravo contra a decisão do ministro relator que, no Superior Tribunal de Justiça ou no Supremo Tribunal Federal, nega seguimento ao agravo de instrumento interposto contra decisão denegatória de recurso especial ou extraordinário, respectivamente (artigo 545).

Há, ainda, o agravo de instrumento contra decisão de inadmissão do recurso extraordinário ou do recurso especial (artigo 544).

O agravo retido regulado pelo artigo 523 do diploma processual não é cabível contra decisão do relator em grau recursal. Nem mesmo o § 4º do artigo 523, na redação conferida pela Lei n. 10.352/2001 – vigente ao tempo da interposição e que dispunha caber agravo retido contra decisões posteriores à sentença –, permitia interpretação nesse sentido, pois os recursos contra decisão do relator vinham regulados em artigos distintos e não se confundiam com os agravos (por instrumento e retido) de decisão de juiz de primeiro grau.

Se cabia algum recurso contra a decisão do relator que indeferiu a juntada de documentos, era o agravo regimental previsto no artigo 195, *caput*, do RITJSC, *verbis*:

Art. 195 Da decisão do Presidente do Tribunal, Vice-Presidentes, Corregedor-Geral da Justiça, Presidentes de Grupos de Câmaras, Presidentes de Câmaras ou de Relator que causar gravame à parte, caberá agravo no prazo de 5 (cinco) dias.

Ademais, convém lembrar que para cada espécie de recurso a lei prevê uma função específica e uma hipótese determinada de cabimento, de maneira que contra cada ato judicial há um único recurso cabível. É o que se convencionou chamar de princípio da unirrecorribilidade ou unicidade dos recursos.

Assim, ausente requisito intrínseco de admissibilidade recursal – o *cabimento*, que, segundo Araken de Assis (*Manual dos recursos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 133), avalia-se de acordo com a aptidão do ato para sofrer impugnação e o recurso adequado para tal finalidade –, não se conhece do agravo retido.

Passa-se ao exame dos recursos de apelação.

1. Apelação cível interposta por Alan Segala

Antes do enfrentamento das questões de mérito, necessário o exame das preliminares.

Ao contrário do sustentado pela apelante, não se tem por caracterizado o aludido cerceamento de defesa decorrente do julgamento antecipado da lide.

Sob esse título, disse o recorrente a respeito da necessidade da coleta de prova em audiência, para que, só assim, fosse identificado o verdadeiro responsável pelos danos ocasionados.

Ora, outros elementos de convicção existem a permitir conclusão segura acerca dessa responsabilidade, de maneira que a prova testemunhal e a tomada de depoimentos pessoais não se mostrava indispensável.

Se, por meio das provas existentes, o juiz de primeiro grau formou seu convencimento e fundamentou adequadamente a sentença, não se pode cogitar tenha o julgamento antecipado da lide se constituído em limitação

ao direito de defesa do recorrente, mas, sim, no exercício regular da livre convicção motivada do julgador. Nulidade, portanto, não há.

Sob o título da preliminar de ilegitimidade passiva, o apelante sustentou a necessidade de chamamento ao processo do Conselho Regional de Engenharia e Arquitetura – Crea e do Município de Blumenau, e asseverou que quem se responsabilizou pela aprovação dos projetos foi a denunciada, Terraplanagem e Transportes Zabel Ltda.

Quanto a esses aspectos, imperioso consignar que o chamamento ao processo (do Crea e da Prefeitura) não guarda relação com a preliminar de ilegitimidade passiva.

É que por meio dessa modalidade de intervenção, tratada nos artigos 77 a 80 do Código de Processo Civil, o réu, no prazo para contestar, requer que terceiro seja convocado a participar do processo para que a sentença analise não só a relação entre autor e réu, mas, também, o vínculo existente entre o réu e o chamado, ou seja, o instituto não se destina a substituir o polo passivo da relação processual, mas, sim, a trazer para o processo aquele terceiro que, solidariamente com o réu, responderá perante o autor.

Já a ilegitimidade passiva, matéria de ordem pública que pode ser alegada em qualquer tempo ou grau de jurisdição, importa na extinção do feito sem resolução de mérito (artigo 267, inciso VI, do Código de Processo Civil).

Logo, não assiste razão ao apelante na alegação de que, se o juiz entendeu como intempestivo o pedido de chamamento, deveria, ao menos, ter declarado a ilegitimidade passiva do apelante.

A par disso, o chamamento ao processo promovido pelo ora apelante, como acertadamente decidiu o juiz, é intempestivo, porquanto não apresentado "no prazo para contestar" (artigo 78 do Código de Processo Civil).

No tocante à ilegitimidade passiva, importante lembrar a prevalência da denominada *teoria da asserção*:

[...] as condições da ação são analisadas *in statu assertionis*, ou seja, deve-se considerar a narrativa do autor, ainda que falsa. Logo, se dito que o autor é credor e se dirige ação em relação àquele que, na petição inicial, é apresentado como devedor, a demanda está bem formada. Porém, caso instrução revele que não houve relação de crédito, não será caso de carência. Ocorrerá julgamento de mérito, pois as condições da ação (analisadas de acordo com as afirmações do autor) estavam, em tal perspectiva, presentes (Kazuo Watanabe, *Da Cognição no Processo Civil*, p. 55 e ss.) (PEREIRA, Hélio do Valle. *Manual de direito processual civil: roteiros de aula – processo de conhecimento*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007. p. 89).

Desse modo, para a resolução da preliminar, toma-se em consideração exclusivamente a narrativa constante da inicial, pois as eventuais conclusões periciais a respeito da responsabilidade pelo sinistro são questões de mérito, que não interferem no exame das condições da ação.

O apelante, portanto, é parte legítima passiva.

A preliminar de nulidade da sentença *ultra petita*, de igual sorte, não merece colhida, porquanto esse vício não se caracteriza pela inclusão de juros moratórios na condenação (artigo 293 do Código de Processo Civil).

No que pertine ao mérito da lide principal, não se prestam a socorrer o apelante os argumentos de que a edícula localizada no imóvel da apelada teria sido edificada clandestinamente e que as fissuras encontradas na casa, calçadas, piscina e *deck* seriam, também, decorrência da inobservância de normas técnicas de construção, evidenciadas pela inexistência de habite-se. Com esteio nesses fundamentos, pretendia o apelante fosse abatida do *quantum* indenizatório a fração correspondente à responsabilidade da apelada.

O argumento não procede. É que, diversamente do sustentado, não se desdome dos autos, por meio do exame dos elementos de convicção que o instruem, tenham tais circunstâncias contribuído para a ocorrência dos prejuízos.

O laudo pericial determina com exatidão a única causa do sinistro: as escavações feitas no terreno do apelante. *In verbis*:

As anomalias verificadas no imóvel da requerente são provenientes de escavação de terra no imóvel de Alan Segala, terras estas que fazem limite com o imóvel da Requerente.

[...]

Os serviços de terraplanagem foram executados em sua maior parte no terreno de Alan Segala e o restante no terreno de Segala's Distribuidora de Alimentos Ltda., da qual o Sr. Alan Segala é um dos sócios minoritários, entretanto foram as escavações no terreno de Alan Segala que provocaram o sinistro verificado (fls. 87-88 dos autos da cautelar da cautelar de antecipação de prova).

Os problemas ocorridos no imóvel da requerente estão diretamente ligados com as obras de terraplanagem efetuados no terreno do requerido.

As referidas obras de terraplanagem provocaram desestabilização do subsolo com ocorrência de uma cunha de deslizamento no subsolo a qual atingiu o imóvel da requerente e teve como consequência o desabamento de parte do imóvel e o aparecimento de graves anomalias estruturais em outras partes das benfeitorias do imóvel da autora (fls. 201-203 dos autos da demanda principal)

Ademais, importante ter-se em conta que nosso direito não abraçou a chamada *teoria da culpa contra a legalidade*, segundo a qual a mera transgressão de uma norma regulamentária levaria à materialização da culpa.

Nessa senda, o fato da edícula não ter projeto aprovado pela prefeitura e a propriedade da apelada não contar com habite-se não podem, só por si, ser consideradas causas ou concausas do sinistro, especialmente quando

nenhuma prova nos autos indica estejam tais circunstâncias situadas no curso causal que levou ao ocorrido.

Na sempre atual lição de Hely Lopes Meirelles (*Direito de Construir*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979. p. 258), citado pelo próprio apelante:

Se a construção vizinha [...] se mantinha firme e intacta na sua estrutura, e veio a ser abalada ou danificada pela obra das proximidades, não há lugar para desconto n indenização, porque o dano se deve, tão-só, à construção superveniente.

Não bastasse, ponha-se em destaque a resposta do perito ao quesito formulado pelo aqui recorrente a respeito da eventual existência de vícios na construção do imóvel da apelada:

Este perito não acompanhou a execução das benfeitorias no terreno da Requerente, não podendo dizer com exatidão como foram executadas as mesmas. Baseado em informações da vizinhança, onde o Sr. Ingo Frech, que mora no n. 250 da mesma rua, e a Sra. Cristina Aparecida Marchi, que morou no imóvel em questão, os quais disseram que antes das aludidas escavações não havia anomalias nas benfeitorias da Autora, se poderia até dizer que o imóvel estava estável e isento de anomalias (fls. 209-210).

Não demonstrada, sequer minimamente, a existência de nexo causal, deixa-se de acolher o pedido do apelante que pretendia ver reduzido do *quantum* indenizatório a fração correspondente à responsabilidade da apelada decorrente do descumprimento de normas administrativas.

Noutro ponto, impugnou o apelante sua condenação à construção de muro de arrimo, ao raciocínio de que, já tendo sido encerradas as atividades de terraplanagem, não subsistiria risco de desabamento.

Novamente a argumentação do recorrente contraria as conclusões periciais.

O laudo de fls. 200-227 aponta que o imóvel, "atualmente e no estado em que se encontra, não corre risco de desabamento". Ora, afirmar que o imóvel não se encontra sujeito a desabamento, não significa que sejam desnecessárias providências destinadas a assegurar sua solidez após a reconstrução, nem mesmo que pequenas alterações não estejam sendo sentidas no terreno.

Aliás, a mesma perícia que atesta a inexistência de risco de desabamento é clara em afirmar que deformações ainda ocorrem no local e que necessária se faz a construção do indigitado muro de arrimo. Entre uma e outra conclusão não há desacordo ou incompatibilidade. Veja-se o teor da perícia:

É muito difícil paralisar de imediato pequenas deformações que continuam ocorrendo muito lentamente no terreno do requerido e da requerente. Além do aterro já executado pelo Requerido poderia ser providenciado uma drenagem superficial com calhas de concreto no terreno do Requerido, o que minimizará a passagem de água para as camadas mais profundas, ajudando com isto a diminuir a possibilidade de novos deslizamentos.

Após a verificação de que a movimentação do subsolo do terreno da Requerida cessou é que se poderá providenciar a reconstrução da parte que ruiu e também o reparo nas rachaduras existentes na casa ainda ocupada pela Requerente, pois caso contrário poderá ocorrer novas fissuras (fls. 204-205).

Quanto à necessidade da construção de muro de arrimo, a resposta ao quesito de número 8 (fl. 205):

Sim, há necessidade de reconstruir os muros que circundam a propriedade da Requerente, ou sejam, uma parte do muro lateral esquerdo e a totalidade do muro dos fundos. Esses muros devem ser de arrimo, devendo ser obrigatoriamente executado com projeto feito por um engenheiro civil especialista em estrutura de concreto armado e também com o acompanhamento técnico de um engenheiro civil especializado em construção estrutural e recuperação estrutural.

O custo de execução dos aludidos muros de arrimo fora calculado em R\$ 8.950,00 (oito mil, novecentos e cinquenta reais), já considerando a retirada do entulho do muro antigo que caiu.

Não se acolhe, portanto, o pedido de redução de condenação, com a substituição da obrigação de construir muro de arrimo, pela de construir mero muro divisor.

No que tange ao capítulo da sentença que lhe condenou ao pagamento de indenização por danos morais, o apelante apresentou as seguintes razões de impugnação: a) os danos ocorridos foram decorrência de falhas imputáveis ao Crea, à Prefeitura Municipal de Blumenau e à denunciada Terraplanagem e Transportes Zabel Ltda.; b) não comprovação, pela ora apelada, a respeito do que consistiriam os danos morais; e c) exorbitância do montante da condenação.

Com a primeira dessas alegações, pretende o apelante, então, ver-se isentado de responsabilidade por danos, imputando-a ao Crea, à Prefeitura e à Denunciada.

O argumento não procede.

O artigo 1.299 do Código Civil de 2002 (que reproduz com exatidão o teor do artigo 572 do código de 1916) dispõe que "o proprietário pode levantar em seu terreno as construções que lhe aprouver", mas, em contrapartida a essa faculdade, põe a salvo o "direito dos vizinhos".

O mesmo diploma veda, "senão após haverem sido feitas as obras acautelatórias", a realização de obras ou serviços suscetíveis de "provocar desmoronamento ou deslocação de terra, ou que comprometa a segurança do prédio vizinho", e assegura ao proprietário do prédio vizinho o "direito a ressarcimento pelos prejuízos que sofrer, não obstante haverem sido realizadas as obras acautelatórias" (artigo 1.311, *caput* e parágrafo único).

Dessa feita, o proprietário que causa danos ao imóvel vizinho tem o dever de indenizar o prejuízo causado, responsabilidade esta que não é afastada pela do construtor perante o dono da obra ou perante terceiros (vizinhos ou não), instaurando-se, sim, solidariedade entre ambos pela reparação do dano causado, como bem elucida Sergio Cavaliere Filho (*Programa de responsabilidade civil*. 6. ed. rev. aument. e atual. 3. tir. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. p. 376-377):

Atente-se, todavia, a que a responsabilidade do construtor não afasta a responsabilidade do dono da obra, que auferes os proveitos da construção. A responsabilidade do proprietário em relação aos vizinhos tem por base o art. 1299 do Código Civil (art. 572 do Código revogado), que, ao garantir-lhe o direito (faculdade) de construir em seu terreno, assegura aos vizinhos a incolumidade física e patrimonial.

[...]

Resulta do exposto que há solidariedade passiva entre o construtor e o dono da obra no que respeita aos danos que o fato da construção causar a terceiros, vizinhos ou não. O prejudicado poderá mover a ação de ressarcimento contra qualquer deles ou contra ambos, sem ter que demonstrar quem foi o responsável pelo defeito de construção do prédio.

[...]

Repetimos que não lhe compete averiguar, nem demonstrar que o dano sofrido pelo fato da construção resultou de imperícia do construtor ou de falta de cautela do proprietário ao escolhê-lo. Ambos exercem atividade que põe em risco a coletividade em geral. O que solidariza e vincula o proprietário e o construtor pela reparação do dano sofrido por terceiro é objetivamente, a lesão decorrente do fato da construção, fato, este, proveitoso tanto para o dono da obra como para quem a executa com fim lucrativo.

Convém citar, ainda, a importante ensinância de Hely Lopes Mello (ob. cit. p. 257):

A construção, por sua própria natureza, e mesmo sem culpa de seus executores, comumente causa danos à vizinhança, por recalques do

terreno, vibrações do estaqueamento, queda de materiais e outros eventos comuns na edificação. Tais danos hão de ser reparados por quem os causa e por quem auferes os proveitos da construção. Daí a solidariedade do construtor e do proprietário pela reparação civil de todas as lesões patrimoniais causadas a vizinhos, pelo só fato da construção. É um encargo de vizinhança, expressamente previsto no art. 572 do Código Civil [de 1916], que, ao garantir ao proprietário a faculdade de levantar em seu terreno as construções que lhe aprouver, assegurou aos vizinhos a incolumidade de seus bens e de suas pessoas, e condicionou as obras ao atendimento das normas administrativas.

Essa responsabilidade independe de culpa do proprietário ou do construtor, uma vez que não se origina da *ilicitude* do ato de construir, mas, sim, da *nocividade* do fato da construção. É um caso típico de *responsabilidade sem culpa*, consagrado pela lei civil, como exceção defensiva de segurança, da saúde e do sossego dos vizinhos (art. 554).

A solidariedade entre o proprietário e o empreiteiro é reconhecida também no âmbito do Superior Tribunal de Justiça:

CIVIL. DEMOLIÇÃO DE PREDIO. DANO AO IMÓVEL VIZINHO. RESPONSABILIDADE SOLIDARIA DO PROPRIETARIO DA OBRA E DO EMPREITEIRO. O PROPRIETARIO DA OBRA RESPONDE, SOLIDARIAMENTE COM O EMPREITEIRO, PELOS DANOS QUE A DEMOLIÇÃO DE PREDIO CAUSA NO IMÓVEL VIZINHO. RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO (REsp n. 43.906/RJ, rel. Ministro Ari Pargendler. Segunda Turma. j. em 20-5-1996).

CIVIL. DANO AO IMÓVEL VIZINHO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO PROPRIETÁRIO DA OBRA E DO EMPREITEIRO.

- O proprietário da obra responde solidariamente com o empreiteiro, pelos danos causados a terceiro (AgRg no REsp n. 473.107/MG, rel. Ministro Humberto Gomes de Barros. Terceira Turma. j. em 26-10-2006).

Assim, não há falar em irresponsabilidade do apelante, dono da obra, podendo ser-lhe imputado o pagamento de indenização pelos danos morais sofrido pela apelada.

A pretendida imputação de responsabilidade ao Conselho Regional de Engenharia e Arquitetura – Crea e à Prefeitura Municipal de Blumenau – decorrente da aprovação do projeto de terraplanagem que resultou em danos à apelada – é questão a ser decidida em demanda autônoma, na qual se discuta com profundidade a respeito da validade desse ato administrativo.

Noutro ponto, é inegável que os danos sentidos pela apelada em razão do desabamento de sua residência não são apenas de ordem material. A gravidade do ilícito cometido pelo apelante e o conseqüente sofrimento imposto à apelada, que, num intervalo de duas semanas, viu sua residência partir-se ao meio e desmoronar – as primeiras rachaduras apareceram em 2 de dezembro de 1998 e, em 16 de dezembro do mesmo ano, ocorreu o desabamento – tornam indubitável a caracterização do dano moral.

Na lição do já citado Sérgio Cavalieri Filho (ob. cit., p. 108):

[...] a razão se coloca ao lado daqueles que entendem que o dano moral está ínsito na própria ofensa, decorre da gravidade do ilícito em si. Se a ofensa é grave e de repercussão, por si só justifica a concessão de uma satisfação de ordem pecuniária ao lesado. Em outras palavras, o dano moral existe *in re ipsa*; deriva inexoravelmente do próprio fato ofensivo, de tal modo que, provada a ofensa, *ipso facto* está demonstrado o dano moral à guisa de presunção natural, uma presunção *hominis* ou *facti*, que decorre das regras de experiência comum.

Assim, provado que está o fato ofensivo, provado também se encontra o dano extrapatrimonial.

Aliás, em hipótese assemelhada à dos presentes autos, mas, ainda assim, menos grave (pois tratou do desabamento de um muro), já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça:

Responsabilidade civil. Desabamento de muro. Responsabilidade do dono do imóvel e do empreiteiro. Prova do dano moral. Precedentes da Corte.

1. Já decidiu a Corte que provado o fato que gerou a dor, o sofrimento, sentimentos íntimos que ensejam o dano moral, impõe-se a condenação.

2. Do mesmo modo, precedente da Corte já assentou que o "proprietário da obra responde, solidariamente com o empreiteiro, pelos danos que a demolição de prédio causa no imóvel vizinho".

3. Recurso especial não conhecido (REsp n. 180.355/SP, rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. Terceira Turma. j. em 14-10-1999).

Não obstante, merece reforma a sentença no que tange ao *quantum* indenizatório fixado.

O apelante foi condenado a pagar à apelada indenização em quantia equivalente a 300 salários mínimos vigentes ao tempo do trânsito em julgado, o que, hoje, ainda sem a incidência dos juros moratórios, perfaz o montante de R\$ 139.500,00.

Esse valor arbitrado pelo Juiz de primeiro grau, *concessa venia*, não é razoável diante da lesão experimentada pela recorrida.

É tormentosa a tarefa de fixação da indenização por danos morais. Do exame de cada caso concreto, no entanto, alguns vetores objetivos podem ser colhidos para auxiliar o julgador na busca da mais justa e completa reparação, dentre os quais, as possibilidades econômicas dos envolvidos (em especial a do agressor, já que o atendimento à obrigação de reparar o dano moral não pode levar-lhe à penúria); os antecedentes de honorabilidade e o respeito ao ordenamento legal pelas partes, mormente

observando-se se o ofensor é praticante contumaz de condutas descuidadas e comportamentos lesivos; a gravidade do ilícito perpetrado e a consequente extensão do dano, além do grau de culpa do seu causador (se o dano resultou de erro grosseiro, intolerável, ou de um equívoco comum, normal ao homem de razoável prudência); e o fator de dissuasão, ou seja, o arbitramento do *quantum* indenizatório em montante tal que incuta no espírito do agressor a necessidade de um agir mais cauteloso, que impeça a repetição do ato lesivo.

Além disso, deve-se ter sempre em mira a *razoabilidade*, da qual decorre o princípio de que *o dano não pode ser fonte de lucro*. A indenização deve representar a reparação mais completa possível do dano, mas nada além disso. Se transbordar esse limite, importará em enriquecimento sem causa e transformar-se-á em fator ensejador de dano à parte contrária.

É que o substrato da responsabilidade civil é o dano, e este é a exata medida da indenização. Nem mais, nem menos. Assim como não é apropriado elevar o *quantum* indenizatório apenas para punir o ofensor quando o dano for de pequena monta, também não se pode deixar de cobrir integralmente os danos apenas para abrandar a sanção aplicada ao ofensor desprovido de recursos.

No casos dos autos, esses vetores levam à redução do *quantum debeat* da indenização para o valor de R\$ 30.000,00, cifra suficiente para dissuadir o apelante da repetição do ilícito e, em contrapartida, satisfatório para compensar a apelada do sofrimento a ela impingido.

Sobre esse montante incidirão juros moratórios a partir da data do evento danoso (16 de dezembro de 1998), não merecendo acolhida, por força do artigo 398 do Código Civil de 2002 (artigo 962 do diploma de 1916) e da Súmula 54 do Superior Tribunal de Justiça, a alegação do apelante de que os juros incidiriam a partir da citação.

A fixação de honorários advocatícios, na demanda principal, em 20% sobre o valor da condenação atende aos parâmetros indicados nas alíneas do § 3º do artigo 20 do Código de Processo Civil, mormente tendo-se em conta a diligente atuação da advogada da apelada (autora), que, com êxito, defende os interesses de sua cliente há mais de 8 anos.

Solucionadas todas as impugnações atinentes ao mérito da demanda principal, passa-se ao enfrentamento das questões de mérito da lide denunciada, a respeito das quais, adianta-se a conclusão, o recurso merece provimento.

O julgamento de improcedência da denunciação da lide pelo Juiz de primeiro grau assentou-se na conclusão de que a denunciada (Terraplanagem e Transportes Zabel Ltda.) não poderia ser responsabilizada pelo sinistro, porquanto este decorreria, exclusivamente, de erro técnico na elaboração do projeto de terraplanagem. Consta, ainda, em fundamentação, que, como a denunciada não participou da confecção do projeto e este já se encontrava aprovado pelos órgãos competentes (Crea e Prefeitura Municipal de Blumenau), não podia ela contrariar as conclusões e recomendações nele existentes, não sendo, por isso, responsável pela reparação dos danos.

Do estudo da prova dos autos é possível apurar, tal como consta da sentença recorrida, que o projeto relativo ao serviço de terraplanagem, é de autoria do agrimensor Rui Witte, bem como que, de acordo com as conclusões periciais, houve erro técnico na sua elaboração.

A esse respeito, extrai-se da perícia elaborada nos autos da medida cautelar de antecipação de prova n. 008.99.005667-5, que se encontra em apenso:

Verificou-se que o projetista não tomou os devidos cuidados com exame de laboratório que revelaria com toda certeza um ângulo de final de inclinação do talude menor do que o executado. Houve erro

técnico de projeto, pois o ângulo de inclinação dos taludes é maior que o máximo para garantir a estabilidade do terrapleno.

[...]

Como podemos ver no projeto de fls. 70 e 71 dos autos e documentos de fls. 57 e 58, o autor do projeto e responsável técnico pela execução da obra, é o agrimensor Sr. Rui Witte, que não possui formação profissional na área de geologia, sendo assim não tem as qualificações técnicas para o cálculo do melhor ângulo de corte do terrapleno, ângulo este que foi inadequadamente projetado pelo agrimensor Sr. Rui Witte em seu projeto (fls. 95-96 dos autos da cautelar).

Nova perícia, realizada agora nos autos da demanda principal, reiterou essas conclusões e assinalou a falta de habilitação técnica do agrimensor Rui Witte para a elaboração do projeto. *In verbis*:

O CREA errou ao aprovar o ART de projeto de terraplanagem sob a rubrica de um agrimensor, que não é habilitado tecnicamente para tais serviços. A prefeitura também errou no mesmo sentido, ao aprovar o projeto do agrimensor do aludido projeto.

[...]

Verificou-se que o projetista não tomou os devidos cuidados com exame de laboratório do solo, que revelaria um ângulo final de inclinação do talude menor que o executado.

Houve erro técnico de projeto, pois o ângulo de inclinação dos taludes é maior que o máximo para garantir a estabilidade do terrapleno.

[...]

O autor do projeto, agrimensor Rui Witte, segundo registro no CREA era o responsável pela elaboração dos projetos executivos e também pelo gerenciamento da execução dos serviços de terraplanagem no aludido terreno do requerido e de Segala's Distribuidora de Alimentos Ltda.

Diante dessas conclusões periciais é que o juiz *a quo* entendeu não haver falar em responsabilidade da denunciada, já que, segundo disse:

"se o projeto foi elaborado de forma inadequada, não apresentando vício aparente, e tendo sido aprovado pela Prefeitura e CREA, os dois justamente encarregados da análise dos projetos e não se afastando o executor do projeto, do que nele contém, não vejo como responsabilizá-lo eis que não há que se falar em culpa, motivadora do ilícito" (fl. 250).

Concessa venia, discorda-se dessa ilação.

Em primeiro lugar porque a responsabilidade extracontratual do empreiteiro é objetiva (não se questiona a existência de culpa). Logo, desacertado o fundamento de que, por ter se limitado a cumprir o projeto previamente aprovado pelo órgão competente, teria a denunciada agido sem culpa, não podendo, assim, ser responsabilizada.

Essa responsabilidade objetiva do empreiteiro, segundo a lição de Sergio Cavalieri Filho (ob. cit., p. 376), somente é excluída pelo chamado *fortuito externo*, que, segundo o mesmo autor, é aquele que não guarda nenhuma relação de causalidade com a atividade de risco, retratando a absoluta ausência de nexos causal.

Os erros do projeto não se classificam como *fortuitos externos*, porquanto incorporaram-se à atividade de risco desempenhada pela empreiteira, que os materializou em prejuízo de terceiro.

É de se considerar que a denunciada é sociedade especializada em serviços de terraplanagem e possui em seu quadro funcional um responsável técnico. Desvia da lógica *supor* que não teria ela condições de proceder à análise do projeto e concluir a respeito de seu desacerto, mormente tendo-se em conta que a atividade a ser desempenhada encontrava-se dentre as de sua especialidade e que o projeto foi elaborado por quem nem sequer tinha habilitação técnica para tanto (já que de autoria de um agrimensor).

Importante ver que a sentença não atentou ao fato de que o responsável técnico da denunciada (seu preposto, portanto), o engenheiro civil

Paulo Scharf, interveio perante a Prefeitura de Blumenau na obtenção de autorização para o serviço de terraplanagem (fls. 94-97), sendo, portanto, de seu perfeito conhecimento os termos do projeto.

Ademais, há nos autos um relevante dado que não foi alegado pelas partes e tampouco considerado pelo juiz *a quo*, mas que, ao sentir desse relator (artigo 131 do Código de Processo Civil), evidencia a responsabilidade do empreiteiro: é a conclusão pericial de que o erro do projeto não se resumiu ao equivocado "ângulo de inclinação dos taludes", mas, também, à especificação do local a ser executado o serviço.

O que se observa é que a documentação que instruiu o pedido de alvará de terraplanagem referia-se ao terreno de propriedade da Segala's Distribuidora de Alimentos Ltda. e não ao terreno de Alan Segala, ou seja, o alvará autorizava a execução do serviço sobre o imóvel daquela pessoa jurídica, não sobre o imóvel do apelante – e foram justamente as escavações no terreno deste que provocaram o sinistro (fls. 23 e 201).

Quer-se com isso dizer que a denunciada executou seu serviço de terraplanagem sem sequer atentar para os limites espaciais fixados no pedido de alvará. Colhe-se do laudo pericial:

Os serviços de terraplanagem foram executados em sua maior parte no terreno de Alan Segala e o restante no terreno de Segala's Distribuidora de Alimentos Ltda., da qual o Sr. Alan Segala é um dos sócios minoritários, entretanto foram as escavações no terreno de Alan Segala que provocaram o sinistro verificado.

Verificou-se que quando do pedido do alvará de terraplanagem da prefeitura municipal de Blumenau, fora anexado ao referido processo, somente a escritura do terreno de Segala's Distribuidora de Alimentos Ltda., e não a escritura do terreno de Alan Segala que faz limite com a propriedade da requerente. Verificou-se também que no referido processo de aprovação de projetos de terraplanagem não existe uma planta de localização e situação do imóvel da requerida, que esclareça o local exato onde seria feito a terraplanagem. Resumindo Excelência, o projeto de terraplanagem executado foi falho,

tanto em âmbito técnico quanto em âmbito de especificação clara do local do serviço executado (fl. 23).

Desse modo, ainda que a denunciada tenha executado seus serviços seguindo ordens do dono da obra e um errôneo projeto de terraplanagem, não se exclui sua responsabilidade pelo sinistro, mormente considerados os fatores acima apontados.

Invocando-se novamente a ensinança de Sergio Cavalieri Filho (ob. cit., p. 374):

O empreiteiro não se exime do dever de indenizar praticando atos ou anuindo a determinações arbitrárias ou ambiciosas do proprietário, pois sabe, por ser um técnico, que estaria a erguer uma obra sem os requisitos indispensáveis à sua solidez e segurança.

Por todos esses fundamentos, imperioso é o reconhecimento da responsabilidade da empreiteira Terraplanagem e Transportes Zabel Ltda.

O exame das questões atinentes à lide secundária, no entanto, não se encerra aqui.

Os institutos da denunciação da lide e do chamamento ao processo têm objetivos diversos. Na denunciação, autor ou réu, precavendo-se de possível insucesso na causa já instaurada, demanda, simultaneamente, o terceiro que, por lei ou por contrato, tenha a obrigação de reparar-lhe os prejuízos, ou seja, instaura, nos mesmos autos, outra relação processual que visa a garantir o exercício do direito regressivo por meio de sentença condenatória. Não há na denunciação (de regra) relação entre o denunciado e o adversário do denunciante.

O chamamento ao processo, por seu turno, é o meio pelo qual o réu convoca a compor a relação processual os demais devedores responsáveis pelo cumprimento da obrigação reclamada. Como já destacado acima no exame das preliminares, o chamamento ao processo assenta-se na solidariedade passiva de obrigação, de maneira que o "terceiro" chamado pelo

réu é devedor solidário da obrigação exigida pelo autor e, por isso, passará a integrar a demanda como *parte* e estará sujeito aos mesmos efeitos do pedido feito em relação ao demandado original.

Hélio do Valle Pereira bem resume o alcance da sentença proferida no feito em que ocorre o chamamento ao processo, *verbis*:

Segundo clássica regra de direito material, o credor pode escolher livremente se demandará todos os devedores solidários, alguns deles ou apenas um. Entendem prestigiosos autores que esse postulado deve permanecer: a escolha feita pelo credor (autor) deve ser respeitada. Logo, o chamamento ao processo tem em mira solucionar as pendência entre o réu e outros possíveis devedores. Estes, convocados a participar daquele processo, sofrerão efeitos limitados, pois a eles não podem ser estendidas as conseqüências relativas ao pedido feito pelo autor em face do réu(s). Assim sustenta, com erudita argumentação, Marcelo Abelha Rodrigues (*Elementos de Direito Processual Civil*, v. I, p. 334-335).

O pensamento dominante, contudo, propõe alcance mais amplo para o chamamento ao processo. A compreensão majoritária afirma que o terceiro, feito o chamamento, passará a atuar em conjunto com o réu. Será seu litisconsorte e estará sujeito aos mesmos efeitos do pedido feito em relação ao demandado original. Destarte, por iniciativa do réu, outras pessoas passam a ostentar a mesma qualidade. Então, a sentença analisará o vínculo entre autor e réu, bem como entre o réu (chamante) e os chamados (o que é indubitado). Mas a mesma sentença também implicará apreciação das relações entre o autor e o chamado(s). Quer dizer, o chamado também pode ser condenado pelo mesmo débito que, pelo autor, fora reclamado apenas em face do réu (Marcos Vinícius Rios Gonçalves, *Novo Curso de Direito Processual Civil*, v. I, p. 199).

Segue-se a posição dominante. Em que pese causar estranheza que o autor acabe litigando em relação a alguém que não fora por ele apontado como réu, não se pode negar que o chamamento em si seja admissível [...]. Ora, se assim é, nada mais razoável que o autor (que já fora prejudicado) tenha proporcionais benefícios: a sentença acabará (se procedente o pedido) constituindo título executivo em relação ao réu e ao chamado (claro, se assim for reconhecida sua responsabilidade) (PEREIRA, Hélio do Valle. *Manual de direito*

processual civil: roteiros de aula – processo de conhecimento. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007. p. 239).

A rigor, portanto, não apresentariam maiores dificuldades a distinção entre as hipóteses que seriam de denúncia da lide (exercício de direito regressivo) e as que caberiam no chamamento ao processo (solidariedade passiva).

Contudo, nem sempre é assim. Casos há em que se torna difícil às partes e mesmo ao julgador diferenciar se o caso é de chamamento ou de denúncia. Mesmo em doutrina, apontam-se situações que põem em cheque a proposta de solução baseada apenas na solidariedade e no direito regressivo, pois, em casos tais, solidariedade e regresso aparecem conjuntamente.

É o que se dá, por exemplo, na responsabilidade extracontratual relativa às hipóteses do artigo 932 do Código Civil, em que as pessoas nele designadas, além de serem solidariamente responsáveis com os autores ou co-autores da ofensa ou violação do direito de outrem (artigo 942, parágrafo único), têm direito regressivo contra aqueles por quem pagaram (artigo 934).

Aponta, exemplificativamente, Athos Gusmão Carneiro (*Intervenção de terceiros*. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 168):

A responsabilidade pela reparação civil abrange solidariamente os patrões e comitentes, pelos atos praticados por seus empregados ou prepostos, no exercício do trabalho; destarte, em ação reparatória de danos por acidente de trânsito, a empresa de ônibus ré pode chamar ao processo seu empregado, motorista do veículo causador do dano; condenados chamante e chamado, a empresa, indenizando a vítima, poderá voltar-se executivamente contra o motorista (*v.* CC, art. 934). Mas, se o prejudicado promoveu a demanda contra o motorista, este não poderá, em princípio, chamar ao processo a empresa, pois não lhe assiste, se condenado, direito

algum de reembolso (salvo se para o acidente houve culpa concorrente da empresa).

Veja-se que, nesta hipótese levantada por Athos Gusmão Carneiro, a empresa poderia, ao invés de chamar ao processo seu empregado, devedor solidário (artigo 942, parágrafo único, do Código Civil), denunciá-lo à lide, com esteio no artigo 934 do diploma material civil, que assegura o direito regressivo.

Acerca dessas situações que encontram apoio tanto na denúncia quanto no chamamento, invoca-se, novamente, o magistério de Hélio do Valle Pereira (ob. cit. 237):

Defende-se costumeiramente que há entre essas situações relação de especialidade, não podendo o réu optar por uma das figuras. Prepondera o chamamento. Quer dizer, cuidando-se de solidariedade e havendo direito de regresso, não se invoca a denúncia da lide, mas o chamamento (Cândido Rangel Dinamarco, *Intervenção de Terceiros*, p. 160; Ovídio Baptista da Silva, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. I, p. 366); Nelson Nery Jr. e Rosa Maria Andrade Nery, *Código de Processo Civil Comentado*, nota 14 ao art. 70, p. 375; Marcelo Abelha Rodrigues, *Elementos de Direito Processual Civil*, v. I, p. 339). É que, na denúncia, não há vínculo entre o denunciado e a parte oposta ao denunciante; no chamamento, há relação jurídica entre autor e chamado (Humberto Theodoro Jr., *Curso de Direito Processual Civil*, v. I, p. 156).

Essa é realmente a posição ideal [...]. De fato, a denúncia da lide é instituto muito invocado no cotidiano forense; o chamamento é desconhecido. Dessa maneira, muitos casos que deveriam corresponder ao chamamento foram e são processados como denúncia da lide, nem sequer se cogitando da diferenciação. (original sem grifo)

A hipótese de autos apresenta essa peculiaridade, tanto é que o ora apelante requereu, por ocasião de sua contestação, fosse denunciada a lide à empreiteira, ou que, caso assim o entendesse o juiz, fosse deferido seu chamamento ao processo como devedora solidária, com fulcro no artigo 77, inciso III, do Código de Processo Civil).

É certo que essa espécie de pedido, em que se põe à escolha do magistrado a adoção da providência mais acertada para o caso, não se amolda à boa técnica processual e deveria ter sido prontamente repugnado pelo juiz, assim que dele teve ciência. Contudo, passados quase 9 anos da propositura da demanda, constituir-se-ia injustiça a toda prova anular-se o processamento da lide secundária pela inépcia de seu pedido inicial, em franco e exclusivo prejuízo à autora, que ainda espera a reparação do imenso dano que sofreu com a perda de sua residência e pela qual é responsável, também, a empreiteira.

Dito isso, o que mais importa aqui considerar é que, em sua resposta o apelante reclamou a intervenção de terceiro, mas deixou a cargo do juiz a escolha da modalidade, tendo esse adotado a denúncia da lide, em contrariedade ao entendimento doutrinário exposto acima, que privilegia o chamamento ao processo.

O que ocorre é que o caso reclamava mesmo o chamamento ao processo, pois, como já resolvido em páginas anteriores, empreiteira e proprietário são solidariamente responsáveis pelos danos decorrentes do fato da construção. A relação de direito material discutida evidencia isso e não atenderia aos reclamos da justiça dar-se à relação de direito processual coloração diversa da que subjaz no âmbito material, ignorando-se a existência de solidariedade.

Ademais, a admissão da denúncia da lide não se mostra apropriada por duas razões. Primeiro porque as responsabilidades do empreiteiro e do proprietário, embora solidárias, decorrem de fundamentos jurídicos diversos: a do empreiteiro resulta do seu dever de garantir a solidez e a segurança da obra (artigo 618 do Código Civil atual ou artigo 1.245 do Código revogado), garantia essa que é de ordem pública, estabelecida em defesa da incolumidade e segurança coletivas; já a responsabilidade do proprietário "tem por base o art. 1.299 do Código Civil (art. 572 do

Código revogado), que, ao garantir-lhe o direito (faculdade) de construir em seu terreno, assegura aos vizinhos a incolumidade física e patrimonial" (CAVALIERI FILHO, Sergio. ob. cit., p. 376).

Em segundo lugar, porque, como há solidariedade entre proprietário e empreiteira – que dizer, ambos respondem pela integralidade da dívida comum (artigo 275 do Código Civil) –, inviável que eventual sentença proferida no moldes do artigo 76 do Código de Processo Civil atendesse eficientemente aos interesses em conflito, pois, a par de não reconhecer a solidariedade existente, restringir-se-ia a conferir título executivo ao denunciante (apelante) para exercício de direito regressivo contra a empreiteira, a qual, no âmbito material, como devedora solidária, seria responsável apenas por sua quota (50%) da obrigação (artigo 283 do Código Civil, correspondente ao artigo 913 do Código Civil revogado) e não pela integralidade dos prejuízos sentidos pelo denunciante que perdeu a demanda.

Recentemente, doutrina e jurisprudência têm admitido que o autor demande diretamente contra aquele que figuraria na relação processual como denunciado, como na hipótese de a vítima de acidente automobilístico demandar a seguradora e não o segurado.

Tem-se cogitado, até mesmo, de pedido de antecipação de tutela dirigido contra o denunciado, como sugere Luiz Fux (*Curso de direito processual civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 304):

Pode ocorrer que o denunciante não disponha de meios para satisfazer a parte vitoriosa ante de reembolso pelo denunciado. Nessas hipóteses é lícito solicitar ao juiz tutela antecipada em face do denunciado para satisfazer os interesses da parte vencedora. A medida, assim, favorece a ambos os contendores: a parte vencedora e o denunciante em detrimento do denunciado, que, em essência, é o verdadeiro responsável pela demanda.

Neste Tribunal já se decidiu:

Processual. Responsabilidade civil. Seguro facultativo. Demanda ajuizada contra o proprietário do veículo causador do sinistro e igualmente contra a seguradora. Ilegitimidade passiva desta descartada. Recurso improvido.

Em tempos idos, em casos de eventos danosos protagonizados por quem contasse com a cobertura de seguro facultativo, era amplamente vitoriosa a vertente que preconizava a inviabilidade de ajuizamento da ação reparatória de dano diretamente contra a seguradora, à míngua de relação contratual entre esta e a vítima. Atualmente, embora a matéria ainda seja objeto de renhidas discussões, vem-se observando louvável tendência de considerá-la possível, tendo-se presente que, não raras vezes, o sinistrado deixa de ser ressarcido, ante a insolvência do segurado perpetrador do ato lesivo.

À vista dessa realidade, que não pode ser ignorada, é razoável seja ofertado à vítima, ou a seus sucessores, o direito de demandar também a seguradora, que terá, por certo, maiores condições de indenizá-lo. Este raciocínio é corolário do princípio da efetividade do processo, porquanto de nada serviria ao prejudicado a obtenção de provimento judicial favorável contra quem não tenha condições de adimplir a obrigação.

A tutela estatal despida de sentido teleológico, proferida à revelia de uma visão prospectiva da jurisdição, seria *inutiliter data*, remetendos de pronto àquele conto kafkiano em que após longa espera no umbral da Justiça, um desditoso personagem, vê cerrarem-se as portas do tribunal, prostrando definitivamente sua esperança em ter seu direito realizado (v. Franz Kafka, "Diante da Lei", in *Um Médico Rural*. 2. ed. São Paulo : Brasiliense, 1991, p. 23/5).

[...]

Vendados os olhos a essa realidade, restarão abortados os escopos da jurisdição, quais sejam: resolução do litígio mediante a aplicação da norma legal ao caso concreto (jurídico), pacificação social (social), realização da justiça (político). Além disso, importa anotar que, se insolvente o segurado, a seguradora eximir-se-ia, por via oblíqua, da obrigação de reparar o dano, dando-se ensanchas a seu enriquecimento sem causa (Agravo de instrumento n. 99.004384-3, rel. Des. Pedro Manuel Abreu. j. em 30-6-1999).

Somando-se esse entendimento à comprovada existência de solidariedade entre o proprietário apelante e a empreiteira, forçoso o reconhecimento da responsabilidade direta de ambos pela reparação dos danos sofridos pela apelada.

Por todas essas razões, dá-se parcial provimento ao recurso de apelação cível interposto por Alan Segala para:

a) reduzir o montante da indenização por danos morais para R\$ 30.000,00, mantidas as disposições sentenciais atinentes à incidência de juros a partir da data do evento danoso (16 de dezembro de 1998);

b) julgar procedente a denúncia da lide, com a condenação de Terraplanagem e Transportes Zabel Ltda., solidariamente com a denunciante, a reparar os danos sofridos por Carmelina Santa dos Santos.

Mantém-se a condenação do apelante ao pagamento das custas e honorários relativos à lide principal, já que a redução do montante da indenização por danos morais não implica sucumbência recíproca, conforme entendimento sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça: "Na ação de indenização por dano moral, a condenação em montante inferior ao postulado na inicial não implica sucumbência recíproca" (verbete 326).

De outra banda, invertem-se os ônus sucumbenciais relativos à lide denunciada, condenando-se Terraplanagem e Transportes Zabel Ltda. ao pagamento das custas processuais, honorários do patrono do denunciante e honorários do perito.

2. Apelação cível interposta por Terraplanagem e Transportes Zabel.

Por meio deste recurso, a denunciada pretendia a elevação da verba honorária arbitrada em favor de seu procurador na sentença que julgou improcedente a denúncia da lide.

Contudo, o exame desta apelação fica prejudicado pelo provimento do recurso interposto por Alan Segala e a conseqüente inversão dos ônus sucumbenciais da denunciação.

DECISÃO

Nos termos do voto do Relator, esta Segunda Câmara de Direito Civil decide, por unanimidade, (a) não conhecer do agravo retido; (b) dar parcial provimento à apelação interposta por Alan Segala; e (c) julgar prejudicado o apelo interposto por Terraplanagem e Transportes Zabel Ltda.

O julgamento, realizado no dia 30 de abril de 2009, foi presidido pelo Excelentíssimo Senhor Desembargador Luiz Carlos Freyesleben, com voto, e dele participou o Excelentíssimo Senhor Desembargador Substituto Henry Petry Júnior.

Florianópolis, 15 de maio de 2009.

Jaime Luiz Vicari
RELATOR

Apelação Cível n. 2003.027997-0, de Laguna

Relator: Des. Subst. Jaime Luiz Vicari

EMBARGOS À ARREMATACÃO – ANULAÇÃO DA PRAÇA REALIZADA SEM A NECESSÁRIA E PRÉVIA INTIMAÇÃO DO EMBARGANTE – SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA.

AGRAVO RETIDO – FALTA DO REQUERIMENTO DE QUE TRATA O ARTIGO 523, *CAPUT*, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – RECURSO NÃO CONHECIDO.

APELAÇÃO CÍVEL INTERPOSTA PELO EMBARGANTE – INTERESSE RECURSAL – SENTENÇA QUE TRATA INDISTINTAMENTE O CÚMULO EVENTUAL E O CÚMULO SUCESSIVO DOS PEDIDOS INICIAIS – PEDIDO SUCESSIVO REJEITADO – RECORRENTE QUE PRETENDE SITUAÇÃO MAIS FAVORÁVEL DO QUE A QUE DEFLUI DO ATO IMPUGNADO – NECESSIDADE E UTILIDADE DO RECURSO – CONHECIMENTO DO APELO – MÉRITO RECURSAL – ALEGADO VÍCIO NA AVALIAÇÃO DOS BENS – MATÉRIA PRECLUSA – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – ARBITRAMENTO POR EQUIDADE – ARTIGO 20, § 4º, DO DIPLOMA PROCESSUAL CIVIL – MONTANTE JUSTO E RAZOÁVEL – RECURSO IMPROVIDO.

APELAÇÃO CÍVEL INTERPOSTA PELOS EMBARGADOS – JUIZ DEPRECADO QUE, NA SENTENÇA, QUE ANULA A PRAÇA, ESTABELECE DISPOSIÇÕES ACERCA DA NOVA HASTA PÚBLICA – IMÓVEIS NÃO INDICADOS NA CARTA PRECATÓRIA EXCLUÍDOS DA NOVA PRAÇA – DECISÃO ACERTADA – LIMITES DA ATIVIDADE DO JUIZ DEPRECADO – ÔNUS SUCUMBENCIAIS – EMBARGADOS QUE DERAM CAUSA A UM DOS VÍCIOS QUE ENSEJOU A OPOSIÇÃO DOS EMBARGOS – SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA – DECAIMENTO DE PARTE MÍNIMA DO PEDIDO – ARTIGO

21, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL
– RECURSO IMPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2003.027997-0, da comarca de Laguna (1ª Vara), em que são apelantes e apelados o espólio de Diomício Freitas, Rita Maria Chaves de Córdova, Nelma Córdova de Camargo, Cláudia Córdova Camargo Kauling e Mário José Kauling:

ACORDAM, em Segunda Câmara de Direito Civil, por votação unânime, não conhecer do agravo retido, e conhecer e negar provimento às apelações cíveis. Custas legais.

RELATÓRIO

O espólio de Diomício Freitas opôs embargos à arrematação em desfavor de Rita Maria Chaves de Córdova, Nelma Córdova de Camargo, Cláudia Córdova Camargo Kauling e Mário José Kauling.

Sustentou, em síntese, que a arrematação procedida nos autos da Carta Precatória de n. 040.98.001394-1, originária da execução promovida nos autos de n. 062/1994 em trâmite na comarca de Criciúma, seria nula, pois eivada de uma série de vícios insanáveis, dentre os quais alinhou:

a) ausência de intimação do embargante acerca do pracemento dos bens penhorados;

b) que os imóveis indicados sob os números 9 e 10 do edital de praça (identificados no RIP 8185.00130.007 e RIP 8185.00902.000.3, do Serviço de Patrimônio da União) não seriam objeto da carta precatória e que a respeito deles não haveria laudo de avaliação;

c) ausência de penhora do imóvel identificado no edital do leilão como n. 9, e que, ademais, esse imóvel pertenceria a terceiro;

d) avaliação dos imóveis realizada no juízo deprecante e não no juízo deprecado;

e) arrematação procedida sem a correção monetária dos valores de avaliação, em contrariedade ao disposto no edital de praça;

f) lavratura do autor de arrematação na mesma data em que efetivada a praça, sem obediência ao intervalo de 24 horas previsto no artigo 693 do Código de Processo Civil.

Ao final, requereu, além das postulações de praxe, a procedência dos embargos, com:

a) a decretação de nulidade da praça, por falta de intimação do inventariante;

b) a decretação de nulidade da arrematação, por ter sido realizada em valor inferior ao da avaliação;

c) a decretação da nulidade da alienação dos imóveis de número 9 e 10 do edital de praça, já que sobre eles não havia penhora e laudo de avaliação, e porque não eram objeto da carta precatória;

d) a declaração de ineficácia da avaliação realizada pelo juízo deprecante;

e) a declaração da nulidade da alienação, por não provado o registro das penhoras;

f) a anulação do auto de arrematação, por falta de observância do intervalo mínimo previsto no artigo 693 do Código de Processo Civil; e

g) a certificação, pelo escrivão, da data da intimação do inventariante à praça.

Os embargos foram recebidos (fls. 69-71), com suspensão da execução, indeferido o requerimento de certificação de intimação acerca da praça, "pois a certidão pretendida pode ser obtida diretamente pela parte interessada".

Na impugnação (fls. 74-81), foi dito, em síntese, que a ausência de intimação pessoal do representante legal do espólio decorrera, aparentemente, de falha do Cartório ou dos Correios, sem, contudo, ensejar nulidade, pois fora realizada a intimação editalícia da parte, bem como a intimação na pessoa de seu advogado, que embargou em tempo hábil.

Asseverou que os bens teriam sido arrematados já em primeira praça, por valor superior ao da avaliação, sem prejuízo ao devedor, que, assim, oporia embargos com intuito procrastinatório.

Relevaram que a precatória fora para a alienação judicial dos imóveis situados na comarca de Laguna, e houve apenas a complementação da penhora e avaliação, no juízo deprecante, dos imóveis de números 9 e 10 do edital de praça.

Sobre as alegações de ineficácia da avaliação, os embargados as disseram improcedentes, ao argumento de que seria comum os bens serem avaliados no Juízo em que penhorados.

Com relação à alienação dos imóveis indicados pelos números 9 e 10 no edital de praça, asseveraram que a carta precatória em apenso fora expedida para a alienação de bens penhorados na comarca de Laguna e que, por isso, não existiria nulidade alguma na alienação desses imóveis.

Destacaram que a ausência de registro da penhora não importaria em sua ineficácia, já que não se constituiria em requisito de validade, mas, apenas, de eficácia, para oponibilidade contra terceiros de boa-fé.

Argumentaram também que, caso os presentes embargos fossem acolhidos e anulada a arrematação por ausência de intimação do embar-

gante acerca da praça, os embargados não deveriam suportar os ônus de sucumbência, uma vez que não obraram para essa causa.

Ao cabo, pugnaram pela improcedência dos presentes embargos.

O embargante interpôs agravo retido contra a decisão que indeferiu a certificação nos autos acerca de sua intimação (fls. 140-141) e, em seguida, manifestou-se a respeito da impugnação apresentada pelos embargados, com o que juntou documentos (fls. 142-156).

Sobreveio sentença que, por conta da falta de intimação do devedor embargante para a praça, julgou procedentes os embargos para declarar a nulidade da arrematação e determinar a realização de nova praça, com a condenação dos embargados ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, estes arbitrados em R\$ 1.500,00 (fls. 157-163). Na fundamentação do *decisum*, o Magistrado de primeiro grau, com o intuito de evitar que nulidades fossem reiteradas, destacou que apenas os imóveis descritos na carta precatória e situados na comarca de Laguna é que deveriam ser objeto da nova hasta pública, de maneira que os imóveis descritos no edital de praça sob os números 9 e 10 deveriam constar de nova precatória.

Irresignado, o espólio de Diomício Freitas interpôs recurso de apelação cível, no qual sustentou que a avaliação haveria de ser refeita no foro da situação do bem, na forma do artigo 658 do Código de Processo Civil.

Impugnou também o valor fixado a título de honorários advocatícios, sob a alegação de que seriam irrisórios e não teriam levado em consideração a repercussão econômica que a causa envolve.

Requeru, ao fim, o provimento do recurso, para que fosse declarada a ineficácia da avaliação procedida pelo Juízo deprecante e procedida nova avaliação pelo Juízo deprecado, majorado, ademais, o valor dos honorários advocatícios (fls. 167-174).

Os embargados apresentaram contrarrazões (fls. 177-181), em que sustentaram que a majoração da verba honorária seria incabível, porquanto o êxito parcial do embargante não importaria em vantagem patrimonial, mas apenas na repetição de atos do processo.

Quanto a esse ponto, disseram, ainda, que o espólio teria sido vencido quanto à "discussão principal", relativa à avaliação dos bens pracedos, razão por que não poderia a verba honorária sofrer elevação.

Afirmaram encontrar-se preclusa a questão atinente à avaliação e, ao final, requerem o improvimento do apelo.

Pelos embargados, Rita Maria Chaves de Córdova, Nelma Córdova de Camargo, Cláudia Córdova Camargo Kauling e Mário José Kauling, também foi interposta apelação (fls. 183-186), na qual alegaram que os debatidos imóveis descritos sob os números 9 e 10 do edital de praça não devem ser excluídos do novo pracemento, uma vez que a inclusão teria sido devidamente requerida pelos embargados ao Juízo deprecante.

Argumentaram também ser indevida a sua condenação às verbas de sucumbência, tendo em vista que a ausência de intimação do embargante não lhes seria imputável, mas, sim, decorrente de falha da Escritania Cível. Ademais, consoante disseram, estaria caracterizada a sucumbência recíproca, e necessária seria a aplicação do disposto no artigo 21, *caput*, do Código de Processo Civil.

Requereram o provimento do recurso, para que fossem mantidos na nova praça os aludidos imóveis de n. 9 e 10, dispensada a realização de nova avaliação, apenas atualizados os valores das já realizadas, bem como isentados os embargados do pagamento dos honorários advocatícios, ou, caso assim não entendido, a incidência do previsto no *caput* do artigo 21 do Código de Processo Civil.

O embargante, espólio de Diomício Freitas, contra-arrizou o recurso (fls. 195-197), tendo sustentado que os embargados apenas poderiam impugnar o capítulo da sentença que excluiu da nova arrematação os imóveis n. 9 e 10, caso houvessem pleiteado a reforma da sentença no tocante à anulação da arrematação.

Sustentou que o praceamento dos referidos imóveis somente poderia ter sido determinado pelo juízo deprecante, e não pelo juízo deprecado.

No mais, alegou que a condenação dos embargados nos ônus sucumbenciais seria devida, ante a resistência oposta à pretensão do embargante, quanto à nulidade da praça.

Ao arremate, disseram não haver sucumbência recíproca, pois acolhidos os embargos em sua totalidade.

Ascenderam os autos a este Tribunal.

VOTO

Cuida-se de apelações cíveis interpostas pelo espólio de Diomício Freitas e por Rita Maria Chaves de Córdova, Nelma Córdova de Camargo, Cláudia Córdova Camargo Kauling e Mário José Kauling, contra a sentença que julgou procedentes os embargos à arrematação opostos por aquele.

1 Agravo retido

Não tendo havido o requerimento de que trata o *caput* do artigo 523 do Código de Processo Civil, deixa-se de conhecer do agravo retido interposto pelo espólio de Diomício Freitas (fls. 140-141).

2 Apelação cível interposta pelo espólio de Diomício Freitas

Algumas considerações iniciais devem ser postas em destaque para que não sobre dúvidas a respeito do juízo de admissibilidade do presente apelo.

É que, consoante se pode deduzir de uma rápida leitura do relatório que antecede esse voto, os embargos à arrematação, que receberam uma final sentença de integral procedência, foram opostos pelo espólio de Diomício Freitas, que aqui é apelante.

Causa estranheza, é certo, num primeiro olhar, admitir-se que esse apelante tenha interesse recursal em impugnar a sentença que acolheu inteiramente sua pretensão, pois, aparentemente, não teria ele como obter uma situação mais favorável do que aquela que lhe foi conferida pelo ato impugnado.

Mas, acredite-se, interesse recursal existe.

Voltando os olhos à petição inicial dos embargos, vê-se que os pedidos cumulados apresentados pelo ora recorrente estão dispostos, alguns, na forma de *cúmulo eventual* (em que, acolhido o pedido principal, fica prejudicado o subsidiário; ou, rejeitado o principal, pode-se acolher o subsidiário, segundo a convicção do julgador), outros, na forma de *cúmulo simples* (em que o acolhimento de um pedido não depende do acolhimento ou da rejeição do outro).

Pode-se, portanto, dizer que o pedido de decretação de nulidade da praça por falta de intimação do embargante é o *pedido principal*, com relação ao qual são *subsidiários* os seguintes pedidos: (I) nulidade da arrematação por ter sido feita em valor inferior ao da avaliação; (II) nulidade da alienação dos imóveis n. 9 e 10, que não constavam da precatória; (III) nulidade da alienação por falta de provas do registro de penhora; e (IV) nulidade do auto de arrematação por inobservância do prazo do artigo 693 do Código de Processo Civil (na redação anterior à Lei n. 11.382/2006).

Note-se, com precisão, que o *pedido principal* ataca a validade da praça, enquanto que os *subsidiários* atacam a arrematação (I, II e III), que é um dos atos que compõem a praça, e o auto de arrematação (IV), que é posterior à alienação em hasta pública.

Anulada a praça, cai por terra a arrematação e o auto respectivo.

Há, nesses casos, portanto, *cúmulo eventual* de pedidos, de maneira que o acolhimento do *pedido principal* faz prejudicada a análise dos *pedidos subsidiários*, ou seja, o acolhimento do *principal*, leva ao julgamento de integral procedência.

De outra banda, há na inicial, também, um *cúmulo simples* de pedidos, o qual não foi devidamente identificado pelo julgador, que considerou todos os pedidos como componentes de uma única modalidade de cumulação, a *eventual*.

Conforme se pode notar, o pedido de decretação de ineficácia da avaliação dos imóveis localizados na comarca do juízo deprecado (por alegada ofensa ao artigo 658 do Código de Processo Civil), não é *subsidiário* com relação ao pedido de anulação da praça por falta de intimação do embargante.

É que a avaliação é ato processual anterior ao praceamento. A anulação deste não invalida aquela, nem de qualquer modo a desconstitui, de maneira que a avaliação se mantém hígida e poderia, até mesmo, se fosse o caso, ser aproveitada para nova hasta pública.

Pensando no sentido inverso, vê-se que a invalidação da avaliação também não levaria, no presente caso, à anulação da praça, mas, apenas e tão somente, à desconstituição da arrematação no que tange especificamente aos imóveis sobre cuja avaliação se discute.

Isso evidencia a natureza da cumulação desses específicos pedidos, a qual se mostra como a de um *cúmulo simples*.

Imperioso observar-se que o não acolhimento de um dos pedidos da *cumulação simples* importa em julgamento de parcial procedência.

Ocorre, no entanto, que o Magistrado *a quo*, mesmo tendo rejeitado fundamentadamente o pedido de decretação de ineficácia da avaliação, julgou, de modo equivocado, integralmente procedente a demanda, quando o certo seria a parcial procedência.

Diante desse quadro, é necessário que se fixem duas premissas: a primeira é a de que o embargante, espólio de Diomício Freitas, tem interesse recursal, mesmo diante da sentença de procedência, pois um de seus pedidos cumulados (na forma de *cumulação simples*) foi rejeitado. É inegável, nessa senda, que, da interposição do recurso, pode resultar ao embargante uma situação mais favorável que a defluente da sentença. O recurso, para ele, serve para alguma coisa. Há utilidade e necessidade na impugnação, logo, o interesse recursal se faz presente.

Em segundo lugar, é importante considerar, diante de toda fundamentação até agora declinada, que esse Tribunal não intenta alterar, de ofício, o dispositivo da sentença, para converter o julgamento de procedência em um julgamento de parcial procedência. O equívoco em que incorreu o magistrado não se relaciona a questões de ordem pública, reconhecíveis em qualquer tempo e grau de jurisdição.

Não obstante, conforme se pode observar do relatório acima, há expressa impugnação no apelo interposto pelos embargados (embora por fundamento diverso do agora adotado), para o reconhecimento da sucumbência recíproca, ou seja, da parcial procedência dos embargos.

Essa matéria, no entanto, será examinada mais adiante.

Estabelecidas essas considerações e evidenciado o interesse recursal do embargante, dá-se por vencido o exame de admissibilidade e passa-se à análise da apelação.

Em suas razões recursais, o embargante, espólio de Diomício Freitas, reitera a argumentação apresentada em primeiro grau de que a avaliação

haveria de ter sido feita no foro da situação do bem, na forma do artigo 658 do Código de Processo Civil. Reclama, com isso, a declaração de ineficácia da avaliação procedida pelo Juízo deprecante e a realização de nova avaliação, agora pelo Juízo deprecado.

O argumento recursal não procede, pois, conforme acertadamente consta da sentença, se ao embargante interessava impugnar a avaliação, deveria tê-lo feito no momento oportuno, nos autos da execução, assim que intimado a tanto, e não ter aguardado a arrematação dos imóveis em praça, para, só então, opor-se àquele ato.

A apreciação da questão, portanto, encontra-se preclusa, e não é cabível sua rediscussão em sede de embargos à arrematação.

Nesse sentido, precedentes desta Corte:

De fato, não impugnado o laudo de avaliação no momento oportuno, conforme está no art. 685 do CPC, inadequado é trazer à discussão, por ocasião dos embargos à arrematação, matéria cuja arguição já se reputa preclusa, exceto nas hipóteses elencadas no art. 746 da mesma Lei Instrumental antes referida, nulidade da execução, pagamento, novação, transação, etc., as quais não se verificaram no caso *sub judice* (Apelação Cível n. 2001.023368-1, rel. Des. Gastaldi Buzzi, j. em 29-5-2003).

EMBARGOS À ARREMATAÇÃO - AUSÊNCIA DE INSURGIMENTO CONTRA A AVALIAÇÃO NO MOMENTO OPORTUNO - PRECLUSÃO - PREÇO VIL.

O executado que, intimado da avaliação do bem, deixa de impugná-la oportunamente, não pode insurgir-se contra a estimativa no momento da arrematação (Apelação Cível n. 1997.011256-4, rel. Des. Eder Graf, j. em 9-5-1998).

Desse modo, afasta-se a pretensão do embargante no que tange à realização de nova avaliação.

Impugnou o embargante, também, o valor fixado a seu favor a título de honorários advocatícios, sob o fundamento de que fixados sem con-

sideração à importância econômica da causa, já que, segundo sustentou, com a procedência dos embargos, ter-se-ia anulado uma arrematação no valor de R\$ 430.000,00, enquanto os honorários foram fixados em apenas R\$ 1.500,00.

A princípio, ressalte-se que nas demandas em que não houver condenação os honorários são fixados de maneira equitativa, nos termos do artigo 20, § 4º, do Código de Processo Civil.

Razão assiste ao embargante quando este afirma que mesmo na valoração equitativa deverá o julgador levar em conta a repercussão econômica da causa.

Entretanto, o valor de R\$ 430.000,00 (quatrocentos e trinta mil reais) não pode ser tido como a importância econômica auferida com a causa, pois a procedência da presente ação significou o retardamento da alienação de bens constribuídos do embargante e não o acréscimo deste montante ao seu patrimônio.

Destarte, entende-se por justo e razoável o montante arbitrado equitativamente pelo Juiz *a quo* a título de honorários advocatícios, e não há, portanto, razão para o acolhimento do recurso também neste ponto.

Forte nesses fundamentos, nega-se provimento à apelação cível interposta pelo embargante, espólio de Diomício Freitas.

3. Apelação Cível interposta por Rita Maria Chaves de Córdova, Nelma Córdova de Camargo, Cláudia Córdova Camargo Kauling e Mário José Kauling

Nas contrarrazões que interpôs a esse recurso, o espólio de Diomício Freitas arguiu preliminarmente que os embargados, aqui apelantes, somente poderiam impugnar o capítulo da sentença que excluiu da arrematação os imóveis n. 9 e 10, caso houvessem pleiteado a reforma da sentença no tocante à anulação da arrematação.

Para enfrentamento dessa preliminar, necessário que se retome o que foi dito acima acerca da *cumulação eventual* de pedidos.

Nessa senda, veja-se que, embora tendo acolhido o *pedido principal* de declaração de nulidade da praça, o Magistrado *a quo* dispôs, na fundamentação da sentença, a respeito de um dos *pedidos subsidiários* (o de exclusão, para o novo praceamento, dos imóveis n. 9 e 10).

De regra, como visto acima, acolhido o *pedido principal*, o *subsidiário* fica prejudicado e o juiz nem sequer precisa sobre ele se manifestar.

O que fez, no entanto, o Magistrado de primeiro grau, foi resolver, ainda na sentença, aquilo que deveria ser objeto de posterior decisão interlocutória que designasse nova praça e fixasse os termos de sua realização.

Preferiu, todavia, decidir já na sentença aquelas impugnações que ainda pendiam, evitando, com isso, novos recursos posteriores. Agiu bem o Juiz.

O que aqui interessa ter-se em conta, diante disso, é que esse conteúdo próprio de uma decisão interlocutória encontra-se envolucrado em uma sentença. Há, portanto, um único ato decisório, que é atacável por um único recurso (ante o princípio da unirrecorribilidade das decisões), que é a apelação, o recurso maior.

Por conta disso, tratando-se de questões distintas que compõem o mesmo decisório, o fato de os embargados não terem impugnado o capítulo da sentença relativo à nulidade da arrematação não obsta o apelo no tocante à exclusão dos referidos bens imóveis da nova praça.

Dito isso, passa-se ao exame do mérito recursal.

Conforme já referido, em suas razões recursais, alegam os embargados, ora recorrentes, que os imóveis descritos sob os números 9 e 10 não deveriam ter sido excluídos do novo praceamento, uma vez que sua

inclusão na hasta pública anulada teria sido por eles devidamente requerida ao Juízo deprecante.

O argumento não merece acolhida.

Consiste a carta precatória em um instrumento por meio do qual um Juiz solicita a outro, de diversa competência territorial, a prática de atos no território de sua jurisdição. O Juiz deprecado, por desempenhar atos no âmbito de um processo que não se encontra sob a sua competência, deve ater-se ao cumprimento das diligências nos exatos termos em que solicitadas pelo Juiz deprecante, o único competente para determiná-las.

Neste diapasão, colhe-se do acervo jurisprudencial deste Tribunal:

Conquanto o juízo deprecado detenha competência para determinadas questões envolvendo vício de penhora, como mero colaborador na administração da justiça em relação ao objeto que lhe é deprecado, deve ater-se a executar fielmente a ordem, no que é expressa, faltando-lhe competência, salvo situações excepcionais e de urgência, para modificá-la, ainda que a pedido, naquilo que for expressa (Agravado de Instrumento n. 1997.001317-5, rel. Des. José Gaspar Rubik, j. em 20-3-1997).

Partindo desta premissa, conclui-se por acertada a decisão do Magistrado de primeiro grau de excluir da nova praça os aludidos imóveis n. 9 e 10, pois a carta precatória que lhe fora dirigida tinha por objeto a alienação de imóveis devidamente especificados pelo Juízo deprecante. Inexistindo ordem, por parte deste, para a alienação dos referidos imóveis, não pode o Juízo deprecado incluí-los em hasta pública.

Noutro ponto de suas razões recursais, argumentaram os embargados ser indevida a sua condenação ao pagamento das verbas da sucumbência, tendo em vista que a ausência de intimação do embargante não lhes seria imputável, mas, sim, decorrente de falha da Escrivania Cível.

Como se pode observar, a intimação do embargante acerca da praça foi expressamente requerida pelos embargados (fl. 38 dos autos apensos),

de maneira que não se lhes pode imputar culpa na ausência de tal diligência.

Entretanto, não há pretender isentar os embargados do pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, pois que, não só a ausência de intimação do embargante deu causa aos embargos, mas, também, a indevida inclusão em praça dos referidos imóveis n. 9 e 10.

Ainda com relação aos honorários advocatícios, sustentam os recorrentes estar caracterizada a sucumbência recíproca.

Nesse ponto, têm parcial razão os embargados, porquanto, de acordo com tudo o que foi dito acima a respeito dos *pedidos cumulados*, especialmente com relação ao *cúmulo sucessivo*, a sentença dos embargos, embora não mereça nenhuma reforma em sua fundamentação, incorreu em equívoco ao declarar a procedência integral dos pedidos, quando, em verdade, a procedência era apenas parcial (em face da improcedência do pedido sucessivo).

Não obstante, é de particular importância ter-se em linha de conta que, mesmo com o reconhecimento da parcial procedência, a conclusão que impera é a de que o embargante decaiu de parte ínfima de seu pedido inicial, pois obteve a anulação da hasta pública, pretensão maior carregada nos embargos.

Por isso, aplica-se o disposto no parágrafo único do artigo 21 do Código de Processo Civil, e mantém-se a distribuição dos ônus sucumbenciais fixados na sentença.

Pelo exposto, nega-se provimento ao recurso.

DECISÃO

Nos termos do voto do Relator, esta Segunda Câmara de Direito Civil decide, por unanimidade, não conhecer do agravo retido, e conhecer e negar provimento às apelações cíveis.

O julgamento, realizado no dia vinte e cinco de junho de dois mil e nove, foi presidido pelo Excelentíssimo Senhor Desembargador Mazoni Ferreira, com voto, e dele participou o Excelentíssimo Senhor Desembargador Luiz Carlos Freyesleben.

Florianópolis, 6 de julho de 2009.

Jaime Luiz Vicari
RELATOR

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

APELAÇÃO CÍVEL

Apelação Cível n. 2007.054086-6, de Rio do Sul

Relatora: Desa. Maria do Rocio Luz Santa Ritta

ERRO MÉDICO. COMPRESSA CIRÚRGICA DEIXADA NO ABDÔMEN DE PACIENTE APÓS CESARIANA. DEMANDA PROPOSTA CONTRA O PROFISSIONAL RESPONSÁVEL PELO PROCEDIMENTO E INSTITUIÇÃO HOSPITALAR. NEGLIGÊNCIA CONFIGURADA. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. CONDENAÇÃO, NO ENTANTO, APENAS DO MÉDICO. IMPOSSIBILIDADE. FALHA TAMBÉM NOS SERVIÇOS DE ENFERMAGEM PRESTADOS PELO NOSOCÔMIO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA E OBJETIVA.

DANOS MORAIS. PLEXO QUE DENOTA INÚMEROS INCÔMODOS E SOFRIMENTOS EXPERIMENTADOS PELA PACIENTE ATÉ O RESTABELECIMENTO DE SUA SAÚDE. DANOS CAUSADOS AINDA À RECÉM-NASCIDA QUE, CEIFADA DO CARINHO E DO LEITE MATERNO, TEVE ROMPIDO O VÍNCULO AFETIVO INDISPENSÁVEL PARA O SEU PLENO DESENVOLVIMENTO. *QUANTUM* INDENIZATÓRIO QUE ATENDEU OS CRITÉRIOS DE PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. RECURSOS PARCIALMENTE PROVIDOS.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2007.054086-6, da comarca de Rio do Sul (1ª Vara Cível), em que são aptes/apdos Maristela de Domenico e outro e apdos/aptes Jorge Luiz Morais Franklin e outro:

ACORDAM, em Terceira Câmara de Direito Civil, à unanimidade, dar parcial provimento aos recursos. Custas legais.

RELATÓRIO

Na 1ª Vara Cível da Comarca de Rio do Sul, Maristela de Domenico e L. K. de D. de A., esta representada por seu genitor Adriano de Almeida, aforaram ação condenatória, com pedidos de indenização por danos morais e materiais em face do Hospital Hélio Anjos Ortiz, Jorge Luiz Morais Franklin e Vilmar Vieira dos Santos.

Como causa de pedir, expuseram que, na data de 20/08/2001, a primeira requerente deu à luz à L. K. de D. de A. no Hospital demandado, tendo sido o procedimento cirúrgico (cesárea) comandado pelo segundo requerido. Disseram que, muito embora a primeira autora sentisse fortes dores após a cirurgia, recebeu alta do nosocômio em 23/08/2001. No dia seguinte, porém, em razão do agravamento dessas dores, foi novamente internada no referido estabelecimento. Seguiram a narrativa aludindo que, apesar de a paciente ter sido submetida por duas vezes à ultrasonografia, o terceiro acionado, responsável por esses exames, não diagnosticou o motivo da anomalia. Foi então que, em 03/10/2001, ela se dirigiu ao Hospital Regional de Rio do Sul e, após realizar o mesmo exame, foi revelada a existência de um corpo estranho (compressa cirúrgica) em seu abdômen, ali esquecido à época da cesariana e que somente foi retirado em 08/10/2001. Descreveram pormenorizadamente a conduta ilícita praticada pelos médicos Jorge Luiz Morais Franklin e Vilmar Vieira dos Santos, invocando

ainda a responsabilidade solidária do nosocômio, com base no art. 14 do Código de Defesa do Consumidor.

Citado, Vilmar Vieira dos Santos apresentou resposta na forma de contestação. Em preliminar, suscitou sua ilegitimidade passiva *ad causam*, ao argumento de que é um agente médico de exames complementares e que não praticou nenhum ato capaz de gerar dano às autoras. Disse que sua função restringe-se a *apresentar um exame que não fala por si, que serve apenas de elemento para a formação do convencimento do médico solicitante do exame, que foi contratado e está a frente da tarefa de empreender uma decisão*, daí porque o processo deve ser extinto em relação a ele.

O Hospital também contestou o feito. Arguiu, em prefacial, sua ilegitimidade passiva *ad causam*. Para tanto, sustentou que *não houve no caso em tela contratação de serviços com o hospital/requerido, tendo este apenas sido usado – suas instalações – por ser benéfica ao paciente e apropriada para o médico*. Por esse motivo, não pode se responsabilizar por eventual erro cometido pelo médico durante o procedimento cirúrgico, daí porque requer sua exclusão do pólo passivo da lide. No mérito, defendeu que a responsabilização, inclusive solidária, impescinde da comprovação de sua culpa para a ocorrência do dano, circunstância que não foi sequer alegada pelas requerentes, razão porque pugnou pela improcedência do pedido formulado na exordial.

Por sua vez, Jorge Luiz Morais Franklin apresentou contestação na qual refuta a ocorrência de erro médico durante a cirurgia noticiada na petição inicial. Relatou que *o único incômodo (...) ocorreu em virtude da atitude do marido da primeira requerente, o qual, mesmo sem a permissão para acompanhar a cirurgia, desobedecendo às ordens médicas, bem como as regras do Hospital, manteve-se insistentemente durante todo o trabalho, com uma filmadora em mãos, causando transtorno a toda equipe responsável pelo ato cirúrgico*. Por essa razão, imputou a culpa pelo evento exclusivamente

ao marido da primeira demandante. Afastou, de outro lado, as alegações referentes aos danos sofridos pelas autoras, sejam morais ou materiais, ressaltando não haver prova nesse sentido.

Em audiência de conciliação, concordaram as partes pela extinção do processo em relação ao réu Vilmar Vieira dos Santos (fl. 325).

Regularmente processado o feito, sobreveio sentença que contou com a seguinte parte dispositiva:

Do exposto:

a) JULGO IMPROCEDENTE o pedido inicial em relação ao Hospital Hélio Anjos Ortiz, condenando as autoras ao pagamento dos honorários advocatícios do procurador do primeiro demandado, estes no importe de R\$ 500,00 (...);

b) JULGO PROCEDENTE o pedido inicial em relação ao acionado Jorge Luiz Morais Franklin, condenando-o ao pagamento em favor das autoras: b1) R\$ 2.100,00 (...), a título de danos materiais, incidindo atualização monetária pelo INPC-IBGE e juros moratórios de 12% ao ano, a contar de 7.11.2001 (fl. 101); b2) R\$ 45.000,00 (...), a título de danos morais, observando-se atualização monetária pelo INPC-IBGE e juros moratórios de 12% ao ano, a contar da presente decisão, já computados os vencidos desde o evento danoso no montante arbitrado; c) condenar o réu ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios, estes no importe de 15% sobre o valor atualizado da condenação, ao tempo do pagamento;

c) reputar solvida ambas as lides, nos termos do art. 269, I, do CPC.

Transitada em julgado, o requerido Jorge Luiz M. Franklin terá o prazo de 15 dias para: a) quitar as custas deste processo sob pena de se extrair certidão de débito a ser encaminhada à procuradoria geral do Estado; b) pagar o débito resultante do processo de conhecimento e honorários, sob pena de incidir a multa prevista no art. 475, J, do CPC.

Irresignadas com a prestação jurisdicional, as autoras interpuseram recurso de apelação. Alegam a existência de culpa *in eligendo e in vigilando*

do hospital demandado, o qual deve responder pela conduta negligente da equipe de enfermagem que participou do procedimento cirúrgico. De outro lado, pugnam pela majoração do valor fixado a título de lenitivo pelos danos anímicos sofridos pela segunda acionante, pois que, ao invés de ter o início de sua vida marcado pelo entrelaçamento de amor e afeto com sua mãe, foi privada da presença dessa que, com fortes dores e constantes internações, não pôde sequer amamentá-la.

Igualmente, o requerido Jorge Luiz Morais Franklin interpôs apelo no qual sustenta, preliminarmente, a ilegitimidade ativa *ad causam* e a ausência de interesse processual da segunda autora, na medida em que *não houve dano a amparar sua pretensão, tampouco comprovação de qualquer prejuízo, tanto na ordem moral, quanto material*. No mérito, alega que não foram comprovados os danos advindos do episódio narrado na petição inicial, bem como sua culpa para a ocorrência do evento. Suscita, de outro lado, a responsabilidade do nosocômio, a uma porque escalou a equipe de enfermagem para aquela cirurgia – prepostos que, de fato, agiram negligentemente em relação à conferência dos materiais utilizados na cesariana – a duas porque *ao locar suas dependências para a realização de práticas cirúrgicas, o hospital assume também o risco por eventuais danos decorrentes daquele procedimento cirúrgico*. Caso mantida a condenação, pugna pela redução do *quantum* arbitrado a título de indenização pelos danos morais, porque *exagerado e desproporcional às particularidades apresentadas na espécie*.

Com as contrarrazões, ascenderam os autos.

Em parecer lavrado pelo Dr. Paulo Cezar Ramos de Oliveira, a d. Procuradoria de Justiça opinou, quanto ao recurso interposto pelas autoras, pelo *conhecimento e total provimento*, manifestando-se, de outro lado, pelo parcial provimento do apelo interposto pelo réu *unicamente para incluir o*

Hospital Hélio Anjos Ortiz como responsável solidário e condená-lo ao pagamento de indenização (...).

VOTO

Prejudiciais às matérias suscitadas nos apelos, analiso as preliminares de ilegitimidade ativa *ad causam* e de ausência de interesse processual da segunda requerente.

Condição da ação, a *legitimatío ad causam* se define como uma relação de *pertinência subjetiva* estabelecida entre os benefícios (autor) e as sujeições (réu) que podem defluir do julgamento da causa, consideradas as particularidades da *causa petendi* e do pedido. Essa relação de pertinência é aferida, na natureza abstrata do direito de ação, em cognição *in statu assertionis* (cf. Kazuo Watanabe. Da cognição no processo civil, São Paulo: RT, 1987), entendida como a que se exerce sobre um mero estado de afirmação (teoria da asserção), como se a alegação em si considerada pudesse, em tese, franquear ao autor o bem da vida perseguido ou sujeitar o réu à consequência jurídica que se lhe opõe. Há legitimidade se, feita essa abstração, houver pertinência, não se cogitando, para tal efeito, de investigação sobre a real existência dos fatos narrados ou do direito colimado. O plano das condições não se liga ao de mérito.

Na lição de Fredie Didier Júnior:

Sem olvidar o direito positivo, e considerando a circunstância de que, para o legislador, carência de ação é diferente de improcedência do pedido, propõe-se que a análise das condições da ação, como questões estranhas ao mérito da causa, fique restrita ao momento da prolação do juízo de admissibilidade inicial da demanda; essa análise, assim, seria feita à luz das afirmações feitas pelo demandante no bojo da sua petição inicial (*in statu assertionis*). 'Deve o juiz raciocinar, e por hipótese, que todas as afirmações do autor são verdadeiras, para que se possa verificar se estão presentes as condições da ação'. 'O que importa é a afirmação do autor, e não a correspondência entre a afirmação e a realidade, que já seria problema de mérito'.

(...) Chama-se teoria da asserção ou *prospettazione* (Direito Processual Civil. Tutela Jurisdicional Individual e Coletiva. Vol. I, 5ª ed., p. 184).

Daí a afirmação clássica de José Frederico Marques de que a legitimação se acha ligada *àquele em face do qual* (passiva), ou em benefício do qual (ativa), *a pretensão levada a juízo deverá produzir efeitos, se acolhida* (Frederico Marques. Manual de Direito Processual Civil. Saraiva, p. 159) – grifei.

No caso, as alegações iniciais (teoria da asserção) dão conta de que, nos dois primeiros meses de vida, a infante L. K. de D. de A. foi privada da presença de sua mãe, não podendo desfrutar do carinho e do leite materno. Tal ausência, na linha da narrativa inicial, deu-se em virtude das incessantes dores que acompanharam a genitora desde o parto – ocasionadas pelo esquecimento de uma compressa cirúrgica em seu abdômen à época da realização desse procedimento cirúrgico - que a obrigaram a ser internada constantemente até que fosse retirado o corpo estranho.

À luz de tal quadro passo a avaliar pertinência subjetiva, sem cogitar, ainda agora, da existência do direito.

Com efeito. Diante dos contornos delineados na exordial a pequena L. K. de D. de A. possui legitimidade para figurar no pólo ativo da presente demanda. Na versão inicial, a infante teve prejuízos diversos por ter sido tolhida de carinho e do leite materno, haja vista as constantes dores que assolavam o físico de sua mãe. Depreendo ainda que o mal estar teria sido fruto da negligência do médico Jorge Luiz Morais Franklin e do Hospital Hélio Anjos Ortiz, por isso devem responder pelos danos morais suportados pela criança. Se tal tese é procedente ou não, ou seja, se a autora, de fato, foi prejudicada pela conduta ilícita descrita, trata-se de questão afeta ao mérito, o que não indica de pronto a ilegitimidade ativa, tampouco a ausência de interesse processual. Logo, deve ser apreciada em momento

oportuno, tanto quanto o pleito de indenização pelos danos morais decorrentes do episódio.

Superada as prefaciais, ingresso na análise do mérito, a tratar especificamente acerca da responsabilidade do médico Jorge Luiz Morais Franklin e do nosocômio pelo evento, essa, de se frisar, rejeitada pelo juízo *a quo*.

A eclosão, em matéria de responsabilidade civil subjetiva, do dever de indenizar, supõe a demonstração, ao encargo do autor (art. 333, I, CPC), dos quatro elementos que compõem o substrato fático que atrai a incidência do regime reparatório: conduta antijurídica (ação ou omissão contrária aos postulados do ordenamento), nexa de imputação (culpa ou dolo), nexa de causalidade (vínculo etiológico entre conduta e resultado) e dano (evento naturalístico lesivo a bem jurídico tutelado).

Com o erro médico, em linha de princípio, não é diferente, reclamada a presença de pressupostos idênticos aos requisitados em tema de responsabilidade subjetiva. Anoto 'em linha de princípio' porque, em face do Direito Civil e da Legislação Consumerista, a responsabilidade dos médicos, subjetiva enquanto profissionais liberais (art. 14, §4º, CDC), oscila, não obstante, conforme a obrigação se afigure de meio ou de resultado. Na primeira das hipóteses, o profissional se compromete a empregar, na execução do serviço, as técnicas, cautelas e temperamentos de estilo, realizando a obrigação de forma a envidar o máximo de esforços para a obtenção do resultado, sem, todavia, comprometer-se a atingi-lo. A ilicitude, aqui, pressupõe o desmazelo e a atuação culposa. Na segunda das hipóteses, isto é, nas obrigações de resultado, o médico assume a tarefa de alcançar um efeito prático certo e determinado, à míngua do qual haverá inadimplemento e responsabilidade civil, independentemente de falta no dever de cuidado. Nesse caso a responsabilidade se define como contratual ou objetiva (cf. REsp. n. 81101, Min. Waldemar Zveiter).

No ambiente normativo da responsabilidade médica, porque a regra é a imputação a título subjetivo (art. 14, §4º, CDC), predominam, conseqüentemente, as obrigações de meio, avaliando-se o cumprimento da prestação na análise da idoneidade dos recursos empregados, desvinculada da obtenção de um efeito prático concreto. A exceção, com dispensa de culpa, fica a cargo das obrigações de resultado, que exsurtem em casos excepcionais, como, em exemplo clássico, nas cirurgias plásticas com finalidades estéticas (cf. STJ. AgRg no REsp. n. 256174/DF, Min. Fernando Gonçalves), ou, ainda, nas transfusões de sangue, anestésias e diagnósticos fornecidos inexatos por laboratórios radiológicos (cf. REsp 594962/RJ, Min. Antônio de Pádua Ribeiro).

Essa distinção ontológica guarda importantes projeções no campo probatório, pois, diante de obrigações de resultado, *basta ao lesado demonstrar, além da existência do contrato, a não obtenção do resultado prometido. Isso é suficiente para caracterizar o inadimplemento contratual. Para exonerar-se, o devedor há de provar a existência de caso fortuito ou de força maior*. Quando, porém, a obrigação for meramente de meios, *cumpra ao lesado provar a conduta ilícita do obrigado, ou seja que o médico descumpriu com a sua obrigação de atenção e diligência, estabelecida no contrato* (REsp n. 594962).

Paralelamente a esse regime de erro médico, também os hospitais e clínicas se sujeitam à responsabilidade perante terceiros que são atendidos em suas instalações por profissionais da medicina a eles ligados na prestação global do serviço, por convênio, integração ao corpo clínico ou vínculo de preposição, não havendo, nessa hipótese, necessidade de relação formal de emprego entre médico-atendente e hospital-instituição (cf. REsp n. 400843, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito). No ponto, aliás, porque os hospitais e clínicas privadas prestam verdadeiro serviço mediante remuneração (art. 3º, §2º, CDC), em estabelecimentos que não raro constituem elemento de empresa (art. 966, parágrafo único, CC/02),

cabe estabelecer nova distinção quanto ao regime de imputação: havendo atribuição de erro exclusivo ao profissional da medicina, em violação a obrigação de meio, a responsabilidade civil depende da prova de culpa do médico - profissional liberal -, presumindo-se daí a culpa do nosocômio, na vigência do Código de 1.916 (cf. REsp n. 258389/SP, Rel. Min. Fernando Gonçalves), e firmando-se-lhe objetivamente a responsabilidade, no Código Civil de 2.002 (art. 933); b) existindo, porém, imputação de falha aos serviços hospitalares alheios ao conhecimento médico (como estadia, aparelhos etc.), ou na execução de ordens passadas por esse (como serviços de enfermagem etc.), a responsabilidade da casa hospitalar é objetiva (art. 14, CDC), porque há a prestação de serviço por parte de estabelecimento não mais sujeito às regras dos profissionais liberais; c) configurada, por fim, alegação de erro médico e falha nos serviços hospitalares, a responsabilidade se subdivide conforme as causas de pedir, isto é, se revela subjetiva por aquela *causa petendi* e objetiva em função desta última.

Nesse sentido é a jurisprudência:

CIVIL. INDENIZAÇÃO. MORTE. CULPA. MÉDICOS. AFASTAMENTO. CONDENAÇÃO. HOSPITAL. RESPONSABILIDADE. OBJETIVA. IMPOSSIBILIDADE.

1 - A responsabilidade dos hospitais, no que tange à atuação técnico-profissional dos médicos que neles atuam ou a eles sejam ligados por convênio, é subjetiva, ou seja, dependente da comprovação de culpa dos prepostos, presumindo-se a dos preponentes. Nesse sentido são as normas dos arts. 159, 1521, III, e 1545 do Código Civil de 1916 e, atualmente, as dos arts. 186 e 951 do novo Código Civil, bem com a súmula 341 - STF (É presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto.).

2 - Em razão disso, não se pode dar guarida à tese do acórdão de, arrimado nas provas colhidas, excluir, de modo expresse, a culpa dos médicos e, ao mesmo tempo, admitir a responsabilidade objetiva do hospital, para condená-lo a pagar indenização por morte de paciente.

3 - O art. 14 do CDC, conforme melhor doutrina, não conflita com essa conclusão, dado que a responsabilidade objetiva, nele prevista para o prestador de serviços, no presente caso, o hospital, circunscreve-se apenas aos serviços única e exclusivamente relacionados com o estabelecimento empresarial propriamente dito, ou seja, aqueles que digam respeito à estadia do paciente (internação), instalações, equipamentos, serviços auxiliares (enfermagem, exames, radiologia), etc. e não aos serviços técnicos-profissionais dos médicos que ali atuam, permanecendo estes na relação subjetiva de preposição (culpa).

4 - Recurso especial conhecido e provido para julgar improcedente o pedido (REsp n. 258389/SP, Rel. Min. Fernando Gonçalves).

Com base em tais considerações, resta perquirir no presente caso: a) a responsabilidade do médico Jorge Luiz Moraes Franklin, que deve ser auferida em meio aos pressupostos da responsabilidade subjetiva; e b) a responsabilidade do Hospital Hélio Anjos Ortiz pelos danos narrados pelas autoras: se subjetiva em função dos atos do médico que nele atua, a qualquer título, ou objetiva pela falha nos serviços auxiliares e equipamentos por ele mesmo disponibilizados.

Breve histórico do caso bem encaminha às respostas pretendidas. Médico há muito conhecido pela autora Maristela de Domenico, Jorge Luiz Moraes Franklin comandou o parto (cesariana) de L. K. de D. de A., que ocorreu nas dependências do Hospital Hélio Anjos Ortiz (fls. 24/37). É incontroverso nos autos que, durante o procedimento cirúrgico, uma compressa cirúrgica foi esquecida na cavidade abdominal da genitora, situação que gerou diversos incômodos, sobretudo a necessidade de ser internada em outras ocasiões até a realização da cirurgia que retirou o referido corpo estranho (fls. 39/57; 76/91).

Ainda que o réu tente atribuir a culpa pelo evento ao marido da autora por ter filmado a cirurgia e, com isso, atrapalhado o seu regular andamento, certo é que o profissional não se eximiu da obrigação de empregar todas as técnicas e cautelas necessárias para o êxito do procedimento (obri-

gação de meio). Ao contrário, permitir a presença do cônjuge da paciente naquele local denota a imprudência do réu, pois sabedor das possibilidades de distração da equipe com a filmagem do parto, ainda mais por se tratar de uma sala pequena (fl. 365). De outro lado, não há justificativa para o grave erro cometido pelo médico, que consistiu no esquecimento de uma compressa cirúrgica no abdômen da paciente após findo o parto, tendo-lhe causado inegável incômodo e sofrimento. A negligência é incontestável e, inclusive, foi reconhecida pelo próprio profissional ao admitir em juízo que "seria o responsável em retirar tal compressa" (depoimento - fl. 349), ressaindo daí o dever de indenizar.

Igualmente visível a responsabilidade do Hospital Hélio Anjos Ortiz pelo evento danoso, merecendo, nesse ponto, retoque a decisão singular. Para tanto, adoto como razões de decidir as considerações do d. Procurador de Justiça, Dr. Paulo Cezar Ramos de Oliveira, que, com destreza e atento à hodierna dinâmica da responsabilidade civil médica, elucidou a controvérsia instaurada sobre o tema, *verbis*:

Nesta seara, entendemos que independentemente do médico Jorge Luiz Morais Franklin possuir ou não vínculo empregatício com o Hospital Hélio dos Anjos Ortiz, a responsabilidade solidária deste último resta caracterizada pela sua participação indireta no evento danoso, pois, longe de parecer apenas um "local de hospedagem", o nosocômio oferece toda uma estrutura funcional e tecnológica que não apenas auxilia, como garante todo o suporte necessário para a realização do procedimento cirúrgico em questão.

É que no momento da cirurgia, além da utilização de medicamentos, equipamentos, etc., o médico também conta com o auxílio de toda uma equipe de enfermagem – funcionários da instituição hospitalar que, dentre outras funções, são também responsáveis pela contagem dos materiais cirúrgicos utilizados no procedimento cirúrgico. (grifo original) (fl. 525)

Nessa perspectiva, o nosocômio responde objetiva e solidariamente pela falha na prestação do serviço de enfermagem por si oferecido, cuja

desatenção, no momento da conferência final do material utilizado na intervenção cirúrgica, permitiu que uma compressa permanecesse no organismo da paciente.

Desenhado o quadro onde gravita a responsabilidade civil no presente caso, adentra-se à análise dos danos materiais e morais sofridos pelas autoras.

Do enredo fático carreado aos autos, percebe-se que a autora Maristela de Domenico experimentou danos materiais de diversas ordens. Do momento do parto – data do início das complicações de sua saúde – até a cirurgia que retirou o corpo estranho esquecido em seu organismo, presume-se que a demandante teve gastos com sua constante ausência do lar, seja para custear a realização de exames, internações, o deslocamento para clínicas e hospitais entre outros. Certo, no entanto, que o pedido restringiu-se ao pagamento de cirurgia reparadora da cicatriz decorrente da última intervenção a que a autora se submeteu (fls. 98/99), tendo, para tanto, apresentado o orçamento acostado à fl. 101. De tal avaliação não houve impugnação específica pelos réus, tampouco foi demonstrada a ausência de relação entre a cicatriz e o ato cirúrgico que a paciente foi submetida em virtude do erro médico. À vista disso, acertada a condenação ao pagamento da cirurgia reparadora orçada no valor de R\$ 2.100,00 (dois mil e cem reais).

De outro lado, nota-se facilmente que a situação vivenciada pela autora Maristela de Domenico ao longo dos dias que intermediaram o parto e a retirada da compressa cirúrgica foi marcada por muito sofrimento e desalento em relação ao seu estado de saúde. Incerta quanto ao mal que lhe acometia, não pôde viver os mágicos momentos iniciais da maternidade e teve que deixar temporariamente de amamentar e dar todo o seu carinho à recém-nascida filha. Isso porque foi constantemente internada por conta

das suas dores, martírio que perdurou até o dia da cirurgia para retirada daquele objeto de seu organismo.

Além disso, o lamentável episódio causou danos à infante L. K. de D. de A. Privada do carinho e amor da mãe - aconchego tão indispensável à vista de sua tenra idade - a criança nem sequer pôde usufruir do leite materno pelo menos nos dois primeiros meses de vida (fls. 346; 382; 384). É certo que os reflexos físicos dessa ausência na criança não foram demonstrados, mas certo também que o episódio causou o rompimento, ainda que temporário, do vínculo afetivo entre mãe e filha, que é único e insubstituível. O aleitamento materno não é só fonte de alimento, mas significa o maior ato de amor da mãe ao filho, ato que, na hipótese, foi prejudicado pela negligência dos réus, razão porque deve permanecer hígida a condenação ao pagamento de indenização por danos morais.

Mantida a condenação, passa-se ao exame do *quantum* indenizatório fixado pelo juízo *a quo*, objeto de insurgência por ambas as partes.

Com efeito, a quantificação do montante destinado à reparação dos danos anímicos tem sido feita de acordo com as peculiaridades que circundam cada 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, tornando conveniente o ato ilícito (cf. AC n. 2002.008141-3).

No caso, pondo em linha de conta tais parâmetros, e atribuindo especial ênfase ao grau de sofrimento decorrente da situação vivenciada, sem desconsiderar o grau de culpa e a capacidade econômica das partes, tenho que a quantia de R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais) à Maristela de Domenico e de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) à L. K. de D. de A. revela

adequação para eufemizar as consequências do evento lesivo, reprimindo suficientemente os responsáveis.

Isso posto voto pelo provimento parcial dos recursos tão-somente para condenar solidariamente o Hospital Hélio dos Anjos Ortiz ao pagamento das indenizações por danos materiais (R\$ 2.100,00) e morais (R\$ 45.000,00) devidas às autoras. Alterado o teor da sentença, condeno ainda o nosocômio ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios ao patrono das requerentes, esses fixados em 15% sobre o valor da condenação, à luz dos parâmetros do art. 20, §3º, 'a'-'c', do CPC.

DECISÃO

Ante o exposto, a Câmara, à unanimidade, dá parcial provimento aos 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, 5 de maio de 2009.

Maria do Rocio Luz Santa Ritta
RELATORA

QUARTA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

APELAÇÃO CÍVEL

Apelação Cível n. 2007.020929-0, de Lages

Relator: Des. Monteiro Rocha

DIREITO CIVIL – OBRIGAÇÕES – RESPONSABILIDADE CIVIL – URNA FUNERÁRIA VENDIDA – RETOMADA DA COISA A *MANU MILITARI* DURANTE O VELÓRIO – INDEMNIZATÓRIA POR DANOS MORAIS – PROCEDÊNCIA EM 1º GRAU – RECURSO DA RÉ – AGRAVO RETIDO – INDEFERIMENTO DE PROVA PERÍCIAL – IRRESIGNAÇÃO – PROVA DESNECESSÁRIA – CONFISSÃO FICTA – PRESUNÇÃO RELATIVA DE VERACIDADE DOS FATOS ALEGADOS PELA PARTE CONTRÁRIA – COMPRA E VENDA DE URNA FUNERÁRIA – NEGÓCIO JURÍDICO QUE SE CONCRETIZA COM A TRADIÇÃO – DIREITO DO CREDOR LIMITADO À COBRANÇA DO PREÇO – DANO MORAL CARACTERIZADO – MINORAÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA – LIMITAÇÃO DO ARBITRAMENTO EM 15% – AFASTAMENTO – PRINCÍPIO DA ISONOMIA – RECURSO DESPROVIDO – SENTENÇA MANTIDA.

Desnecessária é a prova pericial acerca de fatos que podem ser comprovados por outros meios probatórios.

A pena de confissão ficta à autora não gera presunção absoluta da veracidade dos fatos alegados pela parte contrária, mormente quando presentes elementos que afastem esta versão.

Na compra e venda de bem móvel, com a tradição da coisa resta perfectibilizado o negócio, deve o credor cobrar o preço e não reaver a coisa a *manu militari* durante o velório, sob pena de danos morais decorrentes de seu ilícito.

Mantém-se o montante indenizatório quando em conformidade com os parâmetros objetivos e subjetivos de quantificação dos danos morais.

Porque as partes devem receber tratamento igualitário, não se limita a verba honorária em favor do assistente judiciário em apenas 15% sobre o valor condenatório, pois o advogado constituído pode receber, em tese, até 20% sobre a condenação.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2007.020929-0, da comarca de Lages (4ª Vara Cível), em que é apelante Funerária Anjo da Guarda Ltda Me, sendo apelada Maria Enedina de Souza:

ACORDAM, em Quarta Câmara de Direito Civil, por votação unânime, resolve conhecer do agravo retido e desprovê-lo, afastadas as preliminares aduzidas, com o improvimento do recurso da ré. Custas legais.

RELATÓRIO

Maria Edina de Souza, qualificada nos autos, propôs Ação de Indenização por Dano Moral contra Funerária Anjo da Guarda.

Aduziu que sua irmã Valdevina Maria de Souza, com quem residia há mais de vinte anos, faleceu em 01/09/2006, vítima de câncer.

Alegou que a falecida era segurada pela Sul América Aetna, Seguro de Assistência Familiar – com cobertura de auxílio funerário –, e que contactou a empresa demandada a fim de efetuar os preparativos para o velório e enterro.

Argumentou que por volta das 23h, o proprietário da empresa ré, Roberto Reinaldo, adentrou na Igreja Assembléia de Deus, local onde ocorria o velório, exigindo o caixão de volta, em virtude de problemas com o seguro.

Sustentou que, inobstante sua resistência, o proprietário da demandada, sem nenhum constrangimento, retirou o corpo do caixão.

Arguiu que para solucionar o problema, junto a outros familiares, em caráter de urgência, conseguiu um caixão doado pela Prefeitura - de pior qualidade e sem vedação - para colocar o corpo.

Assim discorrendo, pugnou pela condenação da ré ao pagamento de danos morais, acrescidos de custas e honorários advocatícios.

Citada, a ré apresentou contestação. Assinalou que a autora e seus familiares, em 31-8-2006, contactaram diretamente a empresa funerária demandada, dizendo que eram seguradas da empresa Sul América Aetna.

Informou que, embora a autora devesse ter contactado primeiramente à seguradora, os prepostos da ré efetuaram ligações para a Sul América a fim de concretizar os procedimentos da cobertura securitária supostamente contratada, todavia, neste dia, houve queda do sistema telefônico.

Por conseguinte, ainda na esperança de conseguir contactar a seguradora, as partes pactuaram a compra e venda do caixão e a prestação dos serviços funerários pelo valor de R\$ 1.500,00, tendo a empresa iniciado a prestação do serviço com a preparação do corpo e do velório.

Aduziu que na manhã do dia 01-09-2006, conseguiu contacto com a seguradora, a qual se negou a cobrir as despesas, face à suposta desistência do seguro.

Diante desta situação, alega que a própria autora e seus familiares sugeriram devolver o caixão e, para tanto, obtiveram outra urna mais simples, doada pela Prefeitura Municipal, a qual, inclusive, já estava ao lado da urna adquirida da empresa demanda no momento em que houve a transferência durante o velório.

Réplica às fls. 56/58.

A prova pericial requerida pela empresa demandada para discriminar as ligações telefônicas efetuadas para a seguradora foi indeferida pelo *juiz a quo* (fls. 66/67).

A ré interpôs recurso de agravo retido contra esta decisão.

Em audiência de instrução e julgamento, diante da ausência da autora, foi-lhe aplicada a pena de confissão (fl. 70).

Proferida a sentença, o magistrado *a quo* julgou procedente a inaugural, condenando a ré ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R\$ 4.000,00, acrescidos de custas e honorários advocatícios em 20% sobre o valor da condenação (fls. 70/73).

Irresignada com a prestação jurisdicional entregue, a ré interpôs recurso, requerendo, preliminarmente, a análise do agravo retido interposto contra decisão que indeferiu a prova pericial, bem como a nulidade da sentença por cerceamento de defesa, em virtude de não ter sido oportunizada a apresentação de alegações finais. No mérito, argumentou que diante da pena de confissão aplicada à autora, deve ser considerada verdadeira sua versão. Sucessivamente, pugnou pela minoração do dano moral e pela limitação dos honorários advocatícios em 15% sobre o valor da condenação por força do art. 11, § 1º, da Lei n. 1.060/50.

Contra-arrazoados, os autos ascenderam a esta superior Instância.
É o relatório.

VOTO

a) Agravo Retido

O recorrente interpôs agravo retido contra decisão interlocutória que indeferiu a produção de prova pericial.

Aduz o agravante que a prova pericial é imprescindível para comprovar que efetuou diversas ligações para a seguradora objetivando a liberação do seguro funerário da família.

Argumenta que o histórico das ligações comprovaria a sua boa-fé contratual, porquanto demonstraria que por ocasião do óbito e no dia posterior, contactou diversas vezes a seguradora, tendo esta negado a cobertura securitária.

Não assiste razão à recorrente.

A prova pericial no caso em apreço é dispensável, pois é possível ao réu comprovar as ligações, via DDD, efetuadas por meio de prova documental, com a juntada do extrato telefônico.

Ademais, a prova pleiteada é irrelevante para a solução do litígio, pois a existência ou não dos contatos telefônicos da ré com a seguradora não esclareceria o ilícito, como adiante será analisado.

O cerne do litígio incide sobre a possibilidade ou não da ré reaver a urna funerária que já havia entregue à autora, sendo, neste ponto, irrelevante a suposta negativa da seguradora em liberar o seguro.

Conforme leciona Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery "o objeto da prova pericial é o fato ou os fatos que foram alegados na inicial ou na contestação que careçam de perícia para sua cabal de-

monstração. Se a alegação do fato surgiu durante o processo, de forma fugaz e pouco consistente, apenas como recurso de retórica, não pode ter o condão de impor a necessidade de produção de prova" (Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante, 10. ed., RT: São Paulo, 2007, p. 647).

Desta forma, nega-se provimento ao agravo retido, mantendo-se incólume o *decisum* interlocutório.

b) Nulidade – Ausência de Alegações Finais:

Sustenta a apelante a nulidade da sentença *a quo*, pois não lhe foi oportunizada a apresentação de alegações finais.

É cediço que o inconformismo quanto às irregularidades processuais, mormente tratado-se de nulidades relativas, devem ser manifestados na primeira oportunidade em que a parte intervier no feito, sob pena de preclusão.

In casu, a oportunidade de manifestar-se acerca da negativa da apresentação das alegações finais era na própria audiência de instrução e julgamento, na qual o juiz prolatou a sentença. O silêncio da ré naquela oportunidade acarretou a preclusão de seu direito, razão pela qual não pode requerer o reconhecimento dessa nulidade.

Assim, afasta-se a nulidade aventada.

c) Mérito:

Pugna a recorrente pela reforma do *decisum a quo* sob o fundamento de que a demandante autorizou a troca do caixão, pois, em virtude do problema que ocorreu com a liberação do seguro, não dispunha de dinheiro para adquiri-lo.

Inicialmente, aduz o apelante que foi aplicada a pena de confissão ficta à autora, acarretando, por conseguinte, a veracidade das alegações

da parte contrária e desincumbindo-a de comprovar os fatos impeditivos, modificativos e extintivos do direito da autora, mormente porque esta sequer comprovou os fatos constitutivos de seus direitos.

Conforme asseverou o Ministro Raphael de Barros Monteiro "a pena de confissão não gera presunção absoluta, de forma a excluir a apreciação do Juiz acerca de outros elementos probatórios". (STJ, 4ª Turma, REsp 161438/SP. J. em 06/10/2005).

Acerca do assunto, extrai-se de julgado deste Tribunal:

"A pena de confissão, como meio de prova que é, não goza de presunção absoluta, pelo que, lançando ela reflexos apenas relativos acerca da veracidade dos fatos alegados pela parte contrária, não gera esses efeitos quando tem a infirmá-la elementos probantes de maior vulto e precisão" (2ª Cam. Dir. Com., rel. Des. Trindade dos Santos, Ap. Civ. n. 2002.013886-5, j. em 18-3-2004).

Neste contexto, a imposição da pena de confissão à autora não exonera o réu de demonstrar, ao menos indiciariamente, a veracidade de suas alegações.

In casu, a prova documental relata que o representante da empresa demandada, motivado por suposto problema com a liberação do seguro e após informar à autora desta situação, dirigiu-se à Igreja onde estava sendo velado o corpo da falecida.

Neste local, enquanto o corpo estava sendo velado, o representante da ré/dono da funerária retirou arbitrariamente o corpo da irmã da autora da urna que a autora havia adquirido para homenagear sua irmã falecida. O representante da apelante transferiu o cadáver para outra urna, conseguida junto à Prefeitura Municipal, de qualidade inferior e que não fechava bem.

Acerca do ocorrido, o pastor da Igreja Assembléia de Deus onde estava sendo velado o corpo, consternado, declarou na oportunidade à

imprensa escrita que jamais havia visto cena tão deprimente e humilhante, que não respeitaram a dor da família.

Preceituam os artigos 481 e 482 do CC/02, aplicáveis ao caso:

"Pelo contrato de compra e venda, um dos contratantes se obriga a transferir o domínio de certa coisa, e o outro, a pagar-lhe certo preço em dinheiro".

"A compra e venda, quando pura, considerar-se-á obrigatória e perfeita, desde que as partes acordarem no preço e no objeto.

Conforme bem asseverou o magistrado *a quo*, não havendo a ré comprovado que a autora concordou com a devolução da urna funerária, a premissa é a de que, acertado o objeto e o preço - a ser pago pela seguradora - e com a tradição, o contrato de compra e venda se concretizou, sendo incabível à ré reaver *a manu militari*, a posse da coisa que alienou.

Inexistindo cláusula resolutiva expressa, a falta de pagamento enseja para o autor o direito de cobrar o preço e não o de perseguir a coisa, mormente através de meio vexatório e humilhante.

Neste sentido, extrai-se de julgado deste Tribunal excerto que entendendo aplicável ao caso:

"O ordenamento jurídico pátrio determina àquele que deve a obrigação de responder pela dívida contraída perante seu credor. Mas tal preceito não confere a esse o direito de cobrar seu crédito usando de meio gravoso ou vexatório, pois o devedor só responde com seu patrimônio material, restando a salvo o de ordem moral, que também é tutelado pelo direito positivo.

"Na cobrança de débitos, o consumidor inadimplente não será exposto a ridículo, nem será submetido a qualquer tipo de constrangimento ou ameaça (art. 42 do CDC) (1ª Cam. Dir. Civ., Rel. Des. Orli Ataíde Rodrigues, Ap. Civ. n. 2001.006056-6, de Lages, j. em 26-02-2002).

Logo, mesmo que verídica a tese da ré de que houve empecilhos com a liberação do seguro, todos estes trâmites deveriam ter sido resolvidos antes da tradição do caixão funerário.

Perfectibilizando-se a compra e venda com a tradição da urna, incabível à ré reaver a posse da coisa sem se utilizar dos meios legais.

O dano moral decorrente dos fatos narrados é evidente. O constrangimento pelo qual passou a autora com a transposição do corpo de sua irmã falecida do caixão adquirido para outra urna de inferior qualidade e adquirida às pressas com a Prefeitura Municipal é imensurável.

Inquestionável que o ato arbitrário e desmesurado do representante da empresa ré desrespeitou imensuravelmente a autora, que já sofria intensamente com a perda de sua irmã.

Não bastasse o raciocínio supra, houve o grave desrespeito a um corpo que estava sendo velado em sua hora extrema perante a assistência de numerosas pessoas.

No tocante à quantificação dos danos morais, pelo regime aberto, esta deve ser operada através de livre arbítrio judicial fundamentado, tendo como parâmetros a posição econômica e social das partes, a gravidade da culpa do agente e as múltiplas repercussões da ofensa na vida do autor, não devendo a indenização desfigurar a essência moral do direito.

A autora é pessoa economicamente simples e não há maiores elementos de convicção sobre as condições econômicas da ré. A culpa da ré foi grave, pois seu representante retomou arbitrariamente a urna funerária que havia vendido durante o velório da irmã da autora. A ofensa acarretou vexame e humilhação à autora, que foi profundamente desrespeitada em momento de grande dor e consternação.

Neste contexto, incabível a minoração pretendida pela recorrente, porque o valor arbitrado na sentença monocrática não é excessivo, passível, inclusive, de majoração se houvesse recurso nesse sentido.

d) Honorários Advocatícios:

Alega a ré que os honorários advocatícios arbitrados em favor da autora devem ser limitados ao patamar máximo de 15% sobre o valor da condenação, pois a demandante é beneficiária da justiça gratuita, incidindo a limitação prevista no artigo 11, § 1º, da Lei nº 1.060/50.

Despiciendas as alegações da recorrente, pois não deve ocorrer diferenciação na fixação entre os honorários advocatícios daquele que patrocina a causa como assistente judiciário gratuito com aquele que é advogado constituído, por violar o princípio constitucional da igualdade entre as partes.

Ante o exposto, conhece-se do agravo retido para improvê-lo, afastam-se as preliminares arguidas e nega-se provimento ao recurso da ré.

DECISÃO

Nos termos do voto do relator, esta Quarta Câmara de Direito Civil, à unanimidade de votos, resolve conhecer do agravo retido e desprovê-lo, afastadas as preliminares aduzidas, com o improvimento do recurso da ré.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Exmos. Srs. Desembargadores Victor Ferreira e Ronaldo Moritz Martins da Silva.

Florianópolis, 23 de abril de 2009

Monteiro Rocha
RELATOR E PRESIDENTE

MANDADO DE SEGURANÇA

Mandado de Segurança n. 2008.052234-2, de Joaçaba

Relator: Des. Monteiro Rocha

MANDADO DE SEGURANÇA – TERCEIRO INTERESSADO – TRANSFERÊNCIA DE VALORES DE CONTA POUPANÇA PARA CONTA ÚNICA DO PODER JUDICIÁRIO CATARINENSE – ATO JUDICIAL – TERATOLOGIA E ILEGALIDADE – ACOLHIMENTO - COMPETÊNCIA - CEF - TERCEIRA INTERESSADA – ATO JUDICIAL PROFERIDO POR JUIZ ESTADUAL - COMPETÊNCIA DO TJSC PARA PROCESSAR E JULGAR O *MANDAMUS* - TRANSFERÊNCIA COERCITIVA DE VALORES PRIVADOS PARA CONTA ÚNICA DO PODER JUDICIÁRIO - IMPOSSIBILIDADE – INOCORRÊNCIA DE DEPÓSITO JUDICIAL – CONSTRIÇÃO JUDICIAL – MANUTENÇÃO DOS VALORES EM CONTA PRIVADA – CONFLITO DE INTERESSES - CONTA ÚNICA E CONTAS POUPANÇAS – INTERESSE SOCIAL EM AMBAS – INEXISTÊNCIA DE JUSTIFICATIVA PARA TRANSFERÊNCIA DOS VALORES – DIREITO LÍQUIDO E CERTO DEMONSTRADO – ORDEM CONCEDIDA.

Ainda que figure como impetrante empresa pública federal que firme a competência da Justiça Federal, quando o *mandamus* substitui recurso, e o ato impugnado provém de Juiz Estadual investido de competência estadual, é competente para julgar o *writ* o Tribunal de Justiça do Estado.

À Conta Única do Poder Judiciário Catarinense devem verter somente os depósitos judiciais à disposição da Justiça e não valores e bens bloqueados por ordem judicial.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança n. 2008.052234-2, da comarca de Joaçaba (2ª Vara Cível), em que é impetrante C. E. F. -. C., sendo impetrado J. de D. da 2. V. da C. de J.:

ACORDAM, em Quarta Câmara de Direito Civil, por votação unânime, conceder a segurança, ratificando a liminar concedida, para cassar a decisão combatida, mantendo os valores na conta poupança vinculada à impetrante. Custas legais.

RELATÓRIO

Ocupam-se os autos de Mandado de Segurança impetrado por CEF contra ato judicial praticado pelo Juiz de Direito da 2ª Vara Cível da comarca de Joaçaba/SC que, em sua função judicante, determinou, em sentença, a transferência do numerário referente ao concurso 0898 da Mega Sena, bloqueado em Conta Poupança vinculada à impetrante, para a Conta Única do Poder Judiciário de Santa Catarina.

Obtempera a impetrante que a autoridade coatora, por meio de decisão judicial proferida em ação cautelar de bloqueio, exarou ordem judicial no sentido de indisponibilizar o valor de R\$ 27.782.053,83 até sentença definitiva a ser proferida nos autos.

Pondera que realizou o bloqueio do numerário existente em contas poupança existentes no seu banco, alcançando este o montante de R\$ 25.496.219,88, uma vez que o restante do valor havia sido transferido para conta bancária do Banco Bradesco da cidade de Toledo/PR.

Relata que em 18 de junho de 2008 adveio decisão na ação ordinária n. 037.07.004641-3, na qual as partes litigam acerca da titularidade do prêmio, tendo o magistrado nessa decisão determinado a divisão igualitária do prêmio entre os litigantes, decidindo, ainda, que o valor, enquanto

pendente discussão sobre ele, fosse transferido à Conta Única do Poder Judiciário de Santa Catarina.

Afirma a impetrante que tomou conhecimento da decisão de transferência do importe à Conta Única do Poder Judiciário por meio de consulta à página eletrônica do Tribunal de Justiça, em 17 de junho de 2008, requerendo, em 18 de junho de 2008, a reconsideração do *decisum* para manter o valor bloqueado na conta poupança originária.

Pontua a impetrante que em 27 de agosto de 2008 recebeu ofício expedido pela autoridade coatora determinando a transferência do número à Conta Única do Poder Judiciário de Santa Catarina.

Calcada nessa determinação judicial, censurada como "teratológica" e "ilegal" (fls. 05-06), impetra a Caixa Econômica Federal – CEF o presente *writ* objetivando a manutenção dos valores nas contas poupanças que lhe estão vinculadas.

Nesse passo, aduz que detém legitimidade ativa para a impetração do presente *mandamus*, porquanto, na qualidade de prejudicada pelo ato judicial, pode se valer do remédio heróico com o objetivo de vedar injusta obstrução ao seu direito garantido legalmente.

No mérito, impinge ao ato judicial ilegalidade, na medida em que o mesmo afronta a legislação aplicável à espécie, pois a Lei Estadual n. 11.644/2000 e a Resolução n. 32/2001 do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, as quais, em conjunto, disciplinam a Conta Única do Poder Judiciário de Santa Catarina, não se referem a "bloqueio judicial", mas, tão-somente a "depósitos judiciais".

Outrossim, discorre que os valores indisponibilizados perante conta poupança são de natureza privada, não caracterizando, de qualquer modo, "depósito judicial" conducente à transferência para Conta Única do Poder Judiciário.

Ressalta a função social das Cadernetas de Poupança, aduzindo que servem elas como imperioso instrumento para o financiamento do Sistema Financeiro de Habitação – SFH.

Expõe que "a determinação de recolhimento dos valores dos depósitos de caderneta de poupança originários do prêmio da Mega Sena à conta única do Tribunal de Justiça, corresponde a ato teratológico e de verdadeiro confisco, uma vez que efetivamente não se trata de depósito judicial" (fl. 06).

Argumenta, ainda, que "as partes não efetuaram voluntariamente depósito judicial em favor do fisco estadual ou municipal e não é o caso de penhora judicial, tratando-se de valores de aplicação financeira, que ilegalmente estão se convertendo em tributo para custear despesas do Judiciário Catarinense, pela via transversa de nomear as aplicações financeiras como depósito judicial, apenas e tão-somente porque há uma contenda judicial sobre a propriedade dos valores" (fl. 06).

Assim discorrendo, pugna, ao final de suas asserções, pela concessão de medida liminar com o objetivo de suspender a determinação judicial provinda da autoridade coatora no sentido de transferir o indigitado valor à Conta Única do Poder Judiciário de Santa Catarina, porquanto presentes os requisitos ensejadores ao deferimento da medida pleiteada.

No mérito, pugna pela concessão da ordem de segurança, no sentido de conceder definitivamente a ordem mandamental para eximir a impetrante do cumprimento da ordem judicial exarada pela autoridade coatora, mantendo-se, por conseguinte, os valores bloqueados perante à instituição financeira impetrante.

Requeru, ainda, que o feito tramite sob Segredo de Justiça, em razão dos dados que estão sob sigilo bancário.

Deferida a medida liminar, foi suspensa a determinação judicial para transferência dos valores à Conta Única do Poder Judiciário.

Notificada, a autoridade coatora prestou informações.

Encaminhado o feito à D. Procuradora-Geral de Justiça, lavrou parecer o eminente Procurador de Justiça Dr. Basílio Elias de Caro, opinando pela concessão da ordem.

Aferida a necessidade de citação das partes litigantes do processo ordinário que originou o presente *writ*, foram eles devidamente citados, na qualidade de litisconsortes necessários, para se manifestarem no feito, tendo os réus daquele feito se manifestado pela concessão da ordem de segurança pleiteada.

É o relatório.

VOTO

Trata-se de Mandado de Segurança impetrado por Caixa Econômica Federal - CEF contra ato judicial perpetrado pelo Juiz de Direito da 2ª Vara Cível da comarca de Joaçaba que, nos autos da Ação Ordinária n. 037.07.004641-3, determinou a transferência de importância bloqueada judicialmente em conta poupança vinculada à impetrante para Conta Única do Poder Judiciário do Estado.

Ainda que o processo principal tenha sido julgado, inclusive em sede de apelação, é imperioso destacar que o presente mandado de segurança não está privado de interesse processual, tendo em vista que na decisão do processo originário, foi determinada a manutenção do bloqueio judicial dos valores até o trânsito em julgado, fato que ainda não ocorreu.

Inicialmente, insta elucidar a questão concernente à competência para analisar o presente *mandamus*, na medida em que figura como impetrante a Caixa Econômica Federal.

Muito embora a presença da Caixa Econômica Federal indique a competência *ratione personae* da Justiça Federal, a hipótese vertente não se enquadra na regra do art. 109, I, da Constituição Federal. A uma, porque Caixa Econômica Federal impetra o *writ* na condição de terceira interessada (não sendo qualificada, portanto, como autora, ré, assistente ou oponente – CF/88, 109, I, caput). A duas, porque o ato judicial impugnado foi lavrado por magistrado estadual no exercício de jurisdição estadual, incidindo a regra do art. 83, XI, c, da Carta Política Catarinense.

Ratificando o entendimento exposto, cito jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

"Sob essa ótica, muito embora trate-se de writ, o que arrastaria a competência da Justiça Federal *ratione personae*, a realidade é que o mandamus faz as vezes do recurso, aliás, impropriamente. 4. Deveras, a decisão atacada pelo writ o foi como decorrência de ato judicial da Justiça Estadual, no exercício de jurisdição ordinária. 5. Nessas hipóteses, incide a Súmula n.º 55/STJ: "Tribunal Regional Federal não é competente para julgar recurso de decisão proferida por juiz estadual não investido de função federal". Do contrário, bastaria a utilização errônea ou dolosa do writ para deslocar a competência do juízo estadual" (STJ, RMS 20.683/SP, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, j. 11-12-2007)

Ainda, em preliminar ao mérito, cumpre verificar, *en passant*, estar pacificada, doutrinária e jurisprudencialmente, a legitimidade da impetrante como terceira prejudicada para impetrar mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça editou súmula na qual admite a impetração de mandado de segurança por terceiro, contra ato judicial, independentemente do cabimento de outro recurso à hipótese, *in verbis*:

"Súmula 202. A impetração de segurança por terceiro, contra ato judicial, não se condiciona a interposição de recurso".

Evidente a legitimidade ativa da Caixa Econômica Federal para impetrar o *writ*, passo à admissibilidade do mandado de segurança.

A doutrina pátria ensina que "atualmente é pacífico o entendimento de que os atos judiciais – acórdão, sentença ou despacho – configuram atos de autoridade, passíveis de mandado de segurança, desde que ofensivos de direito líquido e certo do impetrante" (MEIRELLES, Hely Lopes. Mandado de Segurança. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 32).

O *writ* impetrado contra ato judicial reclama a demonstração da ilegalidade, teratologia ou abuso de poder na decisão, consoante se observa dos seguintes precedentes:

- "O terceiro prejudicado tem legitimidade para recorrer de ato judicial, nos termos do art. 499 do CPC, até mesmo, manejando recurso com a possibilidade de recebimento com efeito suspensivo. Logo, não se justifica o mandado de segurança como sucedâneo do recurso apropriado. Somente em caso de decisão realmente teratológica é que tem lugar o atravessamento do mandamus, pois convém evitar seja eternizada a discussão acerca do mesmo tema por caminhos diversos" (TJSC, Ag. Reg. Em M. S. n. 98.011528-0, rel. Des. Francisco Borges, da Capital).

- "A impetração de mandado de segurança para questionar ato judicial somente é possível em casos de decisões teratológicas, de flagrante ilegalidade ou abuso de poder, sob pena de indeferimento da inicial" (TJSC, ARM n. 2003.001911-1, da Capital, rel. Des. Pedro Manoel Abreu).

Para se verificar cabimento do mandado de segurança contra ato judicial, deve-se perquirir a ilegalidade, teratologia ou abuso na decisão combatida.

Por decisão teratológica ou ilegal pode-se enquadrar aquela manifestamente contrária à lei, ou seja, dissidente dos normativos legais aplicáveis à hipótese concreta, de modo a prejudicar o direito do afetado pela decisão judicial impingida de ilegalidade.

Nesta senda, Teresa Arruda Alvim Wambier leciona:

"É a decisão que afronta inegável e seriamente o sistema e que, paralelamente a essa afronta teórica, é capaz de gerar no campo dos fatos, no mundo empírico, prejuízo de difícil ou impossível reparabilidade" (*in* Revista de Processo, vol. 107, p. 236)".

A decisão judicial atacada pelo mandado de segurança – determinação da transferência de valores para conta única do Poder Judiciário – se subsume, inegavelmente, ao conceito de decisão teratológica e manifestamente ilegal, porquanto flagrantemente contrária às regras regentes da matéria em apreço – Lei 11.644/2000 e Resolução 32/2001 – TJ – ferindo direito líquido e certo da impetrante em manter consigo o mencionado depósito.

Expõe a Lei Estadual n. 11.644/2000, em seu artigo 1º, que a Conta Única do Poder Judiciário do Estado de Santa Catarina compreende os "depósitos sob aviso à disposição da Justiça em geral e aplicações financeiras no âmbito do Poder Judiciário".

Confluindo com o artigo mencionado, dispõe a Resolução n. 32/2001 – TJ, em seu artigo 6º que "o Sistema Financeiro de Conta Única de Depósitos sob Aviso à Disposição da Justiça tem por finalidade: I – garantir melhor gestão dos depósitos sob Aviso à Disposição da Justiça, remunerando-os de acordo com os índices previstos para as Cadernetas de Poupança, pró-rata-dia"

Mencionadas normas legais expõem, claramente, que a Conta Única do Poder Judiciário tem por objetivo resguardar e gerir, adequadamente, os depósitos judiciais, vinculados a processos que tramitam pelas comarcas estaduais, excluídos do dispositivo legal os valores bloqueados em processos que tramitam no Estado.

É necessário diferenciar, pois, "depósito judicial" de "bloqueio judicial". O primeiro caracteriza-se quando as partes comparecem em

juízo e promovem depósito vinculado ao processo, com o fim de solverem obrigação ou exercerem alguma faculdade processual que reclame depósito (*v.g.* a hipótese da CEF, não sabendo a quem pagar o prêmio, consignar o valor em juízo chamando os possíveis ganhadores para resgatar a quantia depositada). O segundo – bloqueio judicial –, por sua vez, evidencia-se quando a parte tem seu patrimônio obstaculizado por meio de decisão judicial, sem que referido patrimônio deva ser transferido à conta vinculada ao juízo.

O procedimento a ser adotado para realização do depósito judicial – vinculado ao processo –, vem regulado expressamente pela Resolução 32/2001 (art. 11), que trata sobre depósito judicial, aquele em que as partes devem observar as regras previstas em referida resolução.

No caso vertente, os valores foram bloqueados em Contas Poupança particulares dos litisconsortes necessários neste *mandamus* e litigantes na ação principal.

Ressalte-se que o valor bloqueado - R\$ 25.496.219,88 - não foi depositado, em nenhum momento, "à disposição da justiça", mas sim em contas particulares, com o fim de conferir ao montante rendimentos monetários.

O valor somente se tornou indisponível ao seu possuidor em decorrência de medida cautelar inominada, não tendo, em momento algum, ocorrido o depósito do valor pela parte possuidora junto à Conta Única do Poder Judiciário.

No caso concreto, existe bloqueio judicial e não depósito judicial, fato que é impeditivo à transferência coercitiva dos valores à Conta Única do Poder Judiciário catarinense.

Nessa medida, admitindo-se a transferência de valores privados, litigados em juízo, à Conta Única do Poder Judiciário Catarinense, con-

forme pretende a autoridade coatora, estar-se-ia instituindo precedente inadmissível, com a transferência à Conta Única de todos os valores relativos a processos que tramitam na Justiça Catarinense, em que haja indisponibilidade de valores por ordem judicial. Por lógico, referida conclusão se mostra inadmissível e impraticável.

A Conta Única do Poder Judiciário catarinense tem como objetivos, conforme preceituado no artigo 6º, da Resolução 32/2001:

I – garantir melhor gestão dos depósitos sob Aviso à Disposição da Justiça, remunerando-os de acordo com os índices previstos para as Cadernetas de Poupança, pró-rata-dia;

II – assegurar maior segurança à administração dos Depósitos Judiciais; e

III – propiciar o fortalecimento de recursos financeiros complementares ao orçamento do Poder Judiciário, destinados à:

a) construção e instalação de Casas da Cidadania, nos Municípios que não sejam sede de Comarca e nos Distritos e bairros com alto índice demográfico;

b) instalação, desenvolvimento e aperfeiçoamento das atividades dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais;

c) modernização das bibliotecas dos Fóruns;

d) Academia Judicial; e

e) qualificação e aperfeiçoamento de pessoal."

Não obstante a feição social dos objetivos elencados na criação da Conta Única, destaque-se o entrechoque entre os objetivos da Conta Única e a função social exercida pelos recursos depositados em Conta Poupança, porquanto estes, consoante regramento previsto na Resolução n. 1.980/93 e 3005/02, ambas do Banco Central do Brasil, tem como destinação principal o financiamento do Sistema Financeiro de Habitação – SFH, demonstrando que os recursos, assim como seriam úteis ao Poder Judiciário, também o são à coletividade.

Inafastável a conclusão de que o ato judicial impugnado afrontou diretamente a legislação aplicável, porquanto destoou dos normativos insertos na Lei Estadual 11.644/2000, na medida em que determinou a transferência de valores de contas privadas à Conta Única do Poder Judiciário catarinense, o que é manifestamente ilegal.

Pelo exposto, concedo a ordem de segurança, ratificando a liminar concedida, para cassar a decisão combatida, mantendo os valores na conta poupança vinculada à impetrante.

É o voto.

DECISÃO

Nos termos do voto do relator, esta Quarta Câmara de Direito Civil, à unanimidade de votos, resolve conceder a segurança, ratificando a liminar concedida, para cassar a decisão combatida, mantendo os valores na conta poupança vinculada à impetrante.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Eládio Torret Rocha, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Desembargador Ronaldo Moritz Martins da Silva.

Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. Basílio Elias de Caro.

Florianópolis, 23 de julho de 2009

Monteiro Rocha
RELATOR

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

APELAÇÕES CÍVEIS

Apelação Cível n. 2008.047263-8, de Imbituba

Relator: Des. Cláudio Valdyr Helfenstein

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – SAQUES INDEVIDOS DE CONTA BANCÁRIA REALIZADOS EM TERMINAL DE AUTO-ATENDIMENTO – NEGATIVA DE AUTORIA DOS CORRENTISTAS – INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA (CDC, ART. 6, VIII) – PARTICIPAÇÃO DOS TITULARES NÃO COMPROVADA – AUSÊNCIA DE ZELO DA CASA BANCÁRIA – VULNERABILIDADE DO SISTEMA DE SEGURANÇA - RESPONSABILIDADE CIVIL CONFIGURADA – QUANTUM INDENIZATÓRIO – FIXAÇÃO DE ACORDO COM OS CRITÉRIOS DA RAZOABILIDADE – – MANUTENÇÃO DO VALOR ARBITRADO.

Sendo notória a possibilidade de violação do sistema de auto-atendimento para saque oferecido pelas instituições bancárias aos seus clientes, e não detendo o consumidor nenhuma forma de participação ou monitoramento a respeito da operacionalização desse procedimento, mormente no tocante à segurança do sistema, afigura-se plenamente viável a inversão do ônus da prova.

Não há como negar a existência de abalo moral ao correntista que se vê despojado de seu dinheiro, permanecendo impedido de honrar com suas obrigações, sem qualquer motivo justificável que autorizasse o banco a efetuar a operação de débito do valor,

circunstância apta a ensejar danos morais passíveis de indenização.

O valor da indenização deve arbitrada em patamar suficiente para desencorajar nova violação e, ao mesmo tempo, significar para a vítima, uma forma de satisfação psicológica da lesão sofrida.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2008.047263-8, da comarca de Imbituba (Vara Única), em que é apelante Banco Bradesco S/A, e apelada Alba Adenides de Souza Pereira e outro:

ACORDAM, em Terceira Câmara de Direito Comercial, por votação unânime, conhecer e negar provimento ao recurso. Custas legais.

I - RELATÓRIO

Trata-se de recurso de Apelação Cível, interposto por Banco Bradesco S/A, contra sentença exarada nos autos da Ação de Reparação por Perdas e Danos, promovida por Alba Adenides de Souza Pereira e Elizangêla Pereira, perante o MM. Juízo da Vara Única da comarca de Imbituba.

Os pedidos formulados pela autoras foram julgados procedentes para: 1) - condenar o Banco a restituir o valor de R\$ 14.268,52 (quatorze mil, duzentos e sessenta e oito reais e cinqüenta e dois centavos), a título de danos patrimoniais, corrigido monetariamente e acrescido de juros moratórios a partir de cada retirada indevida; 2 -) pagar, a título de danos morais, o valor de R\$ 14.400,00 (quatorze mil e quatrocentos reais), valor esse atualizado monetariamente e acrescido de juros a partir da data da sentença.

Ao final, condenou o réu ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação (art. 20, §3º, CPC).

Irresignado o Banco réu apelou sustentando que: 1) que não foram apresentadas provas capazes de justificar o dano moral, não existindo qualquer indenização a ser pleiteada; 2) - o ônus da prova é da parte autora; 3) - não estão presentes os requisitos que configurem a responsabilidade civil do banco réu; 4) - alternativamente, a redução do valor fixado a título de danos morais.

Os apelados não apresentaram contra-razões.

II - VOTO

1 - O recurso é tempestivo e, por estarem presentes os requisitos de admissibilidade, deve ser conhecido, todavia, não merece provimento.

De início, cumpre salientar que, em se tratando de atividades bancárias, e, portanto, abrangidas pelo Código de Defesa do Consumidor, a doutrina e jurisprudência majoritárias têm como pacífico o entendimento de que é aplicável a teoria objetiva, segundo a qual a verificação do elemento doloso ou culposo é irrelevante para a configuração da responsabilidade da instituição financeira.

De fato, ao desenvolver atividade altamente lucrativa, o banco está a assumir os riscos que dela podem advir, obrigando-se a arcar com eventuais prejuízos que venham a ocorrer.

Nesse sentido, é a lição de Adriana Carvalho Pinto Vieira:

A exploração da atividade econômica tem uma série de características, que dentro delas, se destaca o risco. Adota, portanto, o CDC a teoria da responsabilidade objetiva, se não se exige a culpa, em qualquer de seus graus, impõe-se a existência do nexo causal entre a atuação ou omissão da instituição financeira e o resultado danoso.

O banqueiro, como todo outro profissional, responde contratualmente perante a sua clientela pelas suas faltas e deficiências, mesmo identificadas como leves. Pois, não há dúvida de que os bancos assumem obrigação de guarda e vigilância" (Disponível em: . Acesso em: 14 nov. 2005).

Não se pode olvidar que qualquer atividade de natureza bancária tem suas relações jurídicas reguladas pelo Código de Defesa do Consumidor. Portanto, os abusos decorrentes da relação entre os consumidores e fornecedores de serviços desta natureza, têm como amparo a teoria objetiva da responsabilidade civil, ou seja, a culpa é presumida.

Logo, resulta evidente que, independentemente de o banco apelante ter agido com dolo ou culpa na produção dos fatos noticiados nestes autos, revela-se evidente sua obrigação em responder pelos danos sofridos pelas apeladas.

Não obstante a adoção da teoria da responsabilidade objetiva, afere-se que, também de acordo com as normas do CDC, sendo as autoras/apeladas parte evidentemente hipossuficiente em relação ao demandado/apelante, forçoso reconhecer a necessária inversão do ônus probatório, cabendo ao réu/apelante a produção de prova capaz de desconstituir a presunção de veracidade das alegações das autoras.

Importante ressaltar que, tendo o agente financeiro afirmado que todos os saques ocorreram em caixas eletrônicos e com o cartão magnético de propriedade das autoras, era de se esperar que trouxesse prova cabal e idônea (como imagens de câmeras, por exemplo), frente à tecnologia de que dispõem os bancos em geral, para comprovar que realmente foi o correntista que realizou as retiradas, ou, pessoa sob ordens deste, porém essas provas não vieram aos autos.

Ressalte-se que o banco apelante, em todas as suas manifestações no processo, firmou-se no singelo fundamento de que o acesso ao sistema de

auto-atendimento e movimentação eletrônica de saques é possível unicamente pelo portador do cartão magnético e conhecedor da senha.

Ademais, vislumbra-se que o banco requerido deixou de acostar aos autos qualquer extrato codificado do terminal de auto-atendimento por intermédio do qual foram realizadas as operações, seja através de fita magnética ou qualquer outro instrumento idôneo que pudesse amparar as afirmações defendidas.

Em que pese os esforços da instituição bancária em pretender relacionar a retirada pecuniária com a ação das correntistas, não se desincumbiu do ônus que lhe competia, por ser detentora desse serviço tecnológico disponibilizado aos consumidores, não demonstrando, por meio adequado, que a operação reputada indevida foi realizada pelas clientes, ou por interposta pessoa sob ordens destes.

Fica claro, pois, o mau funcionamento na prestação dos serviços bancários em discussão, de modo que a instituição financeira é obrigada, nesses casos, a ressarcir o prejuízo causado aos seus clientes.

A subtração de valores economizados pelo correntista em conta bancária, privando-lhe de dar o destino planejado, causou-lhe, sem dúvidas, abalo moral, passível de indenização.

A reparação do dano moral está expressamente assegurada pela Constituição Federal, nos incisos V e X de seu art. 5º:

V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem [...].

X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação [...].

Valiosa lição extrai-se da doutrina de Sergio Cavalieri Filho:

Entendemos, todavia, que por se tratar de algo imaterial ou ideal a prova do dano não pode ser feita através dos mesmos meios uti-

lizados para a comprovação do dano material. Seria uma demasia, algo até impossível, exigir, que a vítima comprove a dor, a tristeza ou a humilhação através de depoimentos, documentos ou perícia; não teria ela como demonstrar o descrédito, o repúdio ou o desprestígio através dos meios probatórios tradicionais, o que acabaria por ensejar o retorno à fase da irreparabilidade do dano moral em razão de fatores instrumentais."

"Neste ponto a razão se coloca daqueles que entendem que o dano moral está ínsito na própria ofensa, decorre da gravidade do ilícito em si. Se a ofensa é grave e de repercussão, por si só justifica a concessão de uma satisfação de ordem pecuniária ao lesado. (Programa de Responsabilidade Civil. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p.100 e 101)

Do mesmo modo já assentou a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

Na concepção moderna da reparação do dano moral prevalece a orientação de que a responsabilização do agente se opera por força do simples fato da violação, de modo a tornar-se desnecessária a prova do prejuízo em concreto. (REsp 331.517/GO, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. em 27-11-2001).

Nesse mesmo sentido, elenca-se precedente da corte catarinense:

Ação de indenização. Restituição de valores decorrentes de saque indevido em conta poupança e reparação por danos morais. [...] Em tema de reparação de danos morais, a responsabilidade da instituição financeira prestadora de serviços decorre do simples fato da violação, independentemente da existência de culpa, a teor do disposto no art. 14 caput da Lei n. 8.078/1990. (Ap. Cív. n. 2001.021321-4, rel. Des. Nelson Schaefer Martins, j. em 14-3-2002)

No mesmo norte.

RETIRADA INDEVIDA DE VALORES – TERMINAL DE AUTO-ATENDIMENTO – PARTICIPAÇÃO DA CORRENTISTA NÃO DEMONSTRADA – AUSÊNCIA DE ZELO DA CASA BANCÁRIA – VULNERABILIDADE DO SISTEMA DE SEGURANÇA.

Os bancos que disponibilizam serviços de guarda, movimentação e saque de valores em conta corrente, devem cumprir com zelo o mister de salvaguardar a pecúnia que lhes é confiada, munindo-se de instrumentos tecnológicos aptos a assegurar aos correntistas a segurança e a disponibilidade do dinheiro.

Desse modo, é inderrogável a responsabilidade das instituições financeiras por eventuais danos decorrentes do mau funcionamento de terminais de auto-atendimento oferecidos aos clientes.

Outrossim, não há como negar a existência de abalo moral (presumido, no caso) à correntista que se vê despojada de seu dinheiro, e, com isso, permanecendo impedida de honrar com suas obrigações, sem qualquer motivo justificável que autorizasse o banco a efetuar a operação de débito do valor, circunstância apta a ensejar danos morais passíveis de indenização (Ap. Cív. n. 2006.009558-8, de Laguna, Rel. Des. Saete Silva Sommariva, DJ de 16-3-07).

Assim, verificada a desnecessidade de comprovação da existência do dano moral, visto ser presumida sua configuração a partir da potencialidade lesiva da conduta empreendida pelo causador do dano, impende destacar que o nexo de causalidade também se encontra demonstrado nos autos, pois a ausência de cautela da instituição financeira recorrente em relação ao sistema de saque em terminais de auto-atendimento, acabou por ocasionar abalo moral aos apelados, sendo devida a indenização.

Com efeito, no que se refere ao quantum, cumpre destacar que a função de arbitramento do valor da reparação pecuniária pretendida incumbe ao magistrado que, mediante um juízo de valoração equitativa, fixa, de plano, o valor indenizatório, sem necessidade de ulterior liquidação ou da realização de cálculos aritméticos, ao contrário do que ocorre com relação à estimação dos danos patrimoniais.

Assim, tal paga em dinheiro deve representar para a vítima uma satisfação, igualmente moral ou, que seja, psicológica, capaz amenizar o sofrimento impingido. A eficácia da contrapartida pecuniária está na aptidão para proporcionar tal satisfação em justa medida, de modo que tampouco

signifique um enriquecimento sem causa da vítima, mas também deverá ser suficiente para produzir, no causador do mal, impacto bastante para dissuadi-lo de igual e nova conduta.

A respeito do tema, leciona, com proficiência, Sergio Cavalieri Filho:

"Cabe ao juiz, de acordo com seu prudente arbítrio, atendendo para a repercussão do dano e a possibilidade econômica do ofensor, estimar uma quantia a título de reparação pelo dano moral. [...]"

Creio que na fixação do quantum debeatur da indenização, mormente em se tratando de lucro cessante e dano moral, deve o juiz ter em mente princípio de que o dano não pode ser fonte de lucro. A indenização, não há dúvida, deve ser suficiente para reparar o dano, o mais completamente possível, e nada mais. Qualquer quantia a maior importará enriquecimento sem causa, ensejador de novo dano. [...]"

Creio, também, que é outro ponto onde o princípio da lógica do razoável deve ser a bússola norteadora do julgador. [...] Para que a decisão seja razoável é necessário que a conclusão nela estabelecida seja adequada aos motivos que a determinaram; que os meios escolhidos sejam compatíveis com os fins visados; que a sanção seja proporcional ao dano. Importa dizer que o juiz, ao valorar o dano moral, deve arbitrar uma quantia que, de acordo com seu prudente arbítrio, seja compatível com a reprovabilidade da conduta ilícita, a intensidade e duração do sofrimento experimentado pela vítima, a capacidade econômica do causados do dano, as condições sociais do ofendido, e outras circunstâncias mais que se fizerem presentes." (Programa de Responsabilidade Civil. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p.113/116).

Desse modo, para reparar os danos morais ocasionados, deve a contrapartida patrimonial ser arbitrada no sentido de reconstituir o constrangimento sofrido pelo ofendido, bem como ser capaz de impedir a reiteração da prática pelo ofensor, sem, contudo, causar enriquecimento indevido da vítima, mostrando-se indispensável a análise dos fatos con-

cretos apresentados, notadamente no concernente à extensão do dano e à capacidade econômica das partes.

Sopesados esses critérios, o valor fixado está condizente com a extensão do dano e condição das partes, não merecendo nenhuma alteração a bem lançada sentença, também nesse particular.

2 - Ante o exposto, voto no sentido de conhecer e negar provimento ao recurso.

III - DECISÃO

Nos termos do voto do relator, decidiu a Terceira Câmara de Direito Comercial, por votação unânime, conhecer do recurso e negar-lhe provimento. Custas legais.

O julgamento, realizado no dia 16 de abril de 2009, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Marco Aurélio Gastaldi Buzzi, com voto, e dele participou a Exma. Sra. Desa. Rejane Andersen.

Florianópolis, 16 de abril de 2009.

Cláudio Valdyr Helfenstein
RELATOR

Apelações Cíveis n. 2005.029757-4 e 2006.021959-7, de Criciúma

Relator: Des. Subst. Paulo Roberto Camargo Costa

APELAÇÕES CÍVEIS – AÇÕES ORDINÁRIAS INIBITÓRIAS PARA ABSTENÇÃO DE USO ILEGAL DE PRODUTO PATENTEADO C/C PEDIDO DE INDENIZAÇÃO – CAUTELAR DE BUSCA E APREENSÃO – PROPRIEDADE INDUSTRIAL – CONEXÃO – INSURGÊNCIAS CONTRA A MESMA PATENTE – INDISPENSABILIDADE DE REUNIÃO DOS PROCESSOS PARA DECISÃO ÚNICA.

Se as decisões têm reflexos nas ações aparelhadas, não se enfrenta prejudicialidade, mas sim, típica conexão, a exigir a providência do art. 105, do Código de Processo Civil, com reunião dos processos, para decisão única.

AÇÕES ORDINÁRIAS INIBITÓRIAS PARA ABSTENÇÃO DE USO ILEGAL DE PRODUTO PATENTEADO C/C PEDIDO DE INDENIZAÇÃO – CAUTELAR DE BUSCA E APREENSÃO – PROCESSO CIVIL – CERCEAMENTO DE DEFESA – JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE – INOCORRÊNCIA – PRELIMINAR AFASTADA.

“Em matéria de prova, o poder inquisitivo do juiz é maior do que em qualquer outra atividade processual. Sendo o destinatário da prova, não é mero espectador da luta de partes, podendo, por isso mesmo, deferir ou indeferir as diligências que, a seu juízo, são inúteis ou protelatórias. Conquanto o ônus da prova caiba às partes (art. 333), é o juiz que formula um juízo de conveniência, selecionando, dentre as requeridas, as necessárias à instrução do processo” (Agravo de Instrumento n. 1996.005699-8, Des. Pedro Manoel Abreu).

AÇÕES ORDINÁRIAS INIBITÓRIAS PARA ABSTENÇÃO DE USO ILEGAL DE PRODUTO PATENTEADO C/C PEDIDO

DE INDENIZAÇÃO – CAUTELAR DE BUSCA E APREENSÃO – PROPRIEDADE INDUSTRIAL – PATENTE – RECONHECIMENTO DE USUÁRIOS ANTERIORES – PROVA PERICIAL – PRODUTO SIMILAR – OBSERVÂNCIA AO ART. 45 DA LEI N. 9.279/1996 – SENTENÇA REFORMADA – RECURSO DO AUTOR DESPROVIDO – APELO DA EMPRESA DEMANDADA PROVIDO.

"À pessoa de boa fé que, antes da data de depósito ou de prioridade de pedido de patente, explorava seu objeto no País, será assegurado o direito de continuar a exploração, sem ônus, na forma e condição anteriores" (Lei n. 9.279/1996, art. 45).

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – REFORMA DA SENTENÇA – CONDENAÇÃO DO AUTOR AO PAGAMENTO INTEGRAL DOS ÔNUS SUCUMBENCIAIS.

Reformada a sentença, com a improcedência do pedido do Autor, os ônus sucumbenciais devem ser integralmente suportados por ele.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelações Cíveis n. 2005.029757-4 e 2006.021959-7, da comarca de Criciúma (1ª Vara Cível), em que são apelantes Aníbal Carlos Bristot e Irmãos Olivo Ltda., e apelada Cecrisa Revestimentos Cerâmicos S. A.:

ACORDAM, em Terceira Câmara de Direito Comercial, por votação unânime, conhecer da Apelação Cível n. 2005.029757-4 e negar-lhe provimento; conhecer da Apelação Cível n. 2006.021959-7, negar provimento ao recurso do Autor e dar provimento ao apelo da Demandada. Custas legais.

RELATÓRIO

Perante o juízo da 1ª Vara Cível da comarca de Criciúma, Aníbal Carlos Bristot promoveu **ação cautelar de busca e apreensão n. 020.03.026942-3** contra Cecriisa Revestimentos Cerâmicos S/A, alegando ser titular da patente de invenção denominada "aplicador de produto em revestimento cerâmico", levado a depósito perante o INPI em 7-8-2003, sob a carta patente n. PI003826-1.

Alegou tratar-se de uma invenção destinada a aplicação de protetivo em revestimentos cerâmicos, a fim de evitar danos ou riscos, proporcionando maior estabilidade na movimentação do material da fábrica até o destinatário final, evitando, também, o "engobe" de saída do forno, que causa problema de assentamento na peça. O sistema criado, explica, permite aplicar uma cera protetiva em forma de filetes ou pontos, assim, que o revestimento sai do forno, criando uma película protetora.

Disse que a exploração do privilégio de invenção denominado "aplicador de produto em revestimento cerâmico", se dá por meio de regime de comodato, mediante contrato mantido com a empresa Fenix Metal Mecânica Ltda., da qual o Autor é sócio majoritário, já que detém 85% das cotas sociais.

Argumentou ter tomado conhecimento de que a Apelada vinha utilizando a cera protetiva, que somente poderia ser aplicada utilizando-se o equipamento com as mesmas características, disposição técnica e finalidade dos existentes naquele inventado pelo Autor.

Requeru, em conseqüência, a concessão de liminar de busca e apreensão dos maquinários encontrados na posse da Demandada, e que contenham as mesmas características daquele denominado "aplicador de produto em revestimento cerâmico", bem como o deferimento de prova pericial nas máquinas apreendidas.

A liminar foi parcialmente concedida, sendo determinado pelo magistrado de 1º grau fosse efetuada a busca e apreensão de uma unidade de cada modelo denominado "aplicador de produto em revestimento cerâmico", ficando como depositário judicial o Autor, sendo deferida também a realização de perícia (fls. 93-96).

O Autor apresentou quesitos e indicou assistente técnico.

Cecrisa S.A. ofertou contestação alegando possuir desde o ano de 1987, em suas linhas de fabricação, processo de embalagem automatizada, onde um braço mecânico faz a colagem das caixas de papelão mediante um aplicador de cola, incorporado à máquina principal da marca System. Disse que, por questões financeiras, necessitou desenvolver nova técnica para sanar os problemas de riscos nos revestimentos cerâmicos, e, em 1999, um grupo de funcionário da empresa lançou idéia baseada num sistema já existente, desenvolvendo projeto semelhante.

Arguiu que o aplicador ora em discussão foi baseado na máquina de escolha original e desenvolvida exclusivamente pela Requerida, entretanto, não patenteada como fez o Autor, o que poderá ser comprovado por prova testemunhal.

Pleiteou a Requerida pela improcedência do pedido e apresentou quesitos.

Réplica às fls. 114-116.

O laudo pericial foi apresentado às fls. 119-165, manifestando-se e assistente técnico às fls. 167-192.

No trintídio legal, Aníbal Carlos Bristot promoveu **ação ordinária inibitória para abstenção de uso ilegal de produto patenteado c/c pedido de indenização n. 020.04.000333-7** contra Cecrisa Revestimentos Cerâmicos S.A., alegando ser titular da patente de invenção denominada

"aplicador de produto em revestimento cerâmico", levado a depósito perante o INPI em 7-8-2003, sob a carta patente n. PI003826-1.

Reafirmando as razões expostas na cautelar, pugnou pela procedência do pedido no sentido de ver determinado "que a Requerida se abstenha de utilizar, em todas as suas unidades de produção, ou fabricar qualquer maquinário que reproduza ou imite o objeto da patente de privilégio de invenção n. PI003826-1, denominada "aplicador de produto em revestimento cerâmico", durante todo o prazo de vigência da carta patente"; bem como pela condenação do Autor na obrigação de indenizar por perdas e danos e lucros cessantes, em valor a ser apurado por meio de perícia.

Cecrisa S.A. ofertou resposta alegando possuir desde o ano de 1987 em suas linhas de fabricação, processo de embalagem automatizada, onde um braço mecânico faz a colagem das caixas de papelão mediante um aplicador de cola, incorporado à máquina principal da marca System. Disse que, por questões financeiras, necessitou desenvolver nova técnica para sanar os problemas de riscos nos revestimentos cerâmicos, e, em 1999, um grupo de funcionário da empresa lançou idéia baseada num sistema já existente, desenvolvendo projeto semelhante chamado *hot melt*.

Arguiu que, desenvolvidos os desenhos pelos funcionários, a Requerida solicitou à empresa Irmãos Olivo Ltda., que a mesma construísse a pistola aplicadora da cera, nos moldes dos desenhos datados do ano de 1993, o que confirma que o equipamento cujo Autor requereu patente é cópia fiel de outras marcas fornecedoras do mesmo produto.

Réplica às fls. 148-152.

Designada audiência, a conciliação restou inexitosa.

Por sentença, o MM Juiz de Direito homologou a prova produzida nos autos da medida cautelar, no tocante à sua regularidade e para os efeitos legais; rejeitou o pedido do Autor na ação ordinária e julgou extinto o

feito, nos termos do art. 269, I, do Código de Processo Civil. Condenou o Requerente a suportar o valor referente às despesas processuais, as custas processuais e os honorários advocatícios, estes fixados em R\$ 2.000,00 (dois mil reais), a teor do disposto no art. 20, § 4.º, do Código de Processo Civil.

O Autor opôs embargos de declaração, que não foram conhecidos por intempestivos.

Irresignado, o Autor apelou (Apelação Cível n. 2005.029757-4) alegando, em preliminar, cerceamento de defesa vez que necessária a produção de prova testemunhal e pericial. Sustentou que comprovou ser titular da patente de invenção denominada "aplicador de produto em revestimento cerâmico", levado a depósito perante o INPI em 07.08.2003, sob a carta patente n. PI003826-1, o que lhe ensejaria, nos termos do art. 42 da Lei n. 9.279/1996, o direito de impedir que terceiros, sem o seu consentimento, utilizem ou fabriquem o produto objeto da patente, definindo, ainda tal prática como crime contra patentes, consoante o disposto no art. 183 da Lei de Propriedade Industrial.

Foram apresentadas contra-razões.

Em 10.03.2004, Aníbal Carlos Bristot promoveu **ação ordinária inibitória para abstenção de uso ilegal de produto patenteado c/c pedido de indenização n. 020.04.003400-3** contra Irmãos Olivo Ltda., alegando ser titular da patente de invenção denominada "aplicador de produto em revestimento cerâmico", levado a depósito perante o INPI em 07.08.2003, sob a carta patente n. PI003826-1.

Alegou tratar-se de uma invenção destinada a aplicar protetivo em revestimentos cerâmicos, a fim de evitar danos ou riscos, proporcionando maior estabilidade na movimentação do material da fábrica até o destinatário final, evitando, também, o "engobe" de saído do forno, que causa problema de assentamento na peça. O sistema criado permite aplicar uma

cera protetiva em forma de filetes ou pontos, assim, que o revestimento sai do forno, criando uma película protetora.

Disse que a exploração do privilégio de invenção denominado "aplicador de produto em revestimento cerâmico", se dá pela empresa Fenix Metal Mecânica Ltda., da qual o Autor é sócio majoritário com 85% das cotas sociais, por meio de contrato de regime de comodato do equipamento que produz o revestimento cerâmico.

Argumentou que tomou conhecimento que a Apelada vinha utilizando a cera protetiva, que somente poderia ser aplicada utilizando-se o equipamento com as mesmas características, disposição técnica e finalidade dos existente naquele inventado pelo Autor.

Requeru, portanto, a concessão de liminar para que a Requerida cesse imediatamente a fabricação e comercialização de qualquer peça mecânica (bico injetor ou máquina) similar ou igual ao existente no denominado "aplicador de produto em revestimento cerâmico", e que fosse retirada da página da *internet* a publicação do referido objeto da carta patente, sob pena de multa diária de R\$ 1.000,00 (um mil reais); bem como pleiteou fosse deferida a busca e apreensão dos maquinários encontrados na posse da Demandada.

A liminar foi parcialmente concedida, sendo determinado pela magistrada de 1º grau fosse efetuada a busca e apreensão de uma unidade de cada modelo denominado "aplicador de produto em revestimento cerâmico", ficando como depositário judicial o Autor, bem como a realização de perícia (fls. 128-132).

A Requerida apresentou contestação alegando, preliminarmente, impossibilidade jurídica do pedido visto que, além de ter promovido administrativamente pedido de nulidade de patente ante a inexistência de "novidade", não pode o Autor pretender a patente de algo no qual já se encontra no domínio público. No mérito, disse que na data do depó-

sito do pedido de patente do aplicador de cera, já existiam no mercado equipamento com a mesma técnica. Sustentou ser indispensável para a exploração da patente a exclusividade e a novidade da invenção, o que não ocorreria no caso em comento, agindo, portanto, de má-fé, o Autor que pretende algo já existente no mercado. Pugnou pela improcedência dos pedidos iniciais.

Réplica às fls. 256-264.

Designada audiência, a conciliação restou inexitosa, sendo pela magistrado *a quo* indeferida a preliminar de impossibilidade jurídica do pedido e deferida a produção de prova pericial (fl. 268).

Ambas as partes indicaram assistente técnico e quesitos.

O laudo foi apresentado às fls. 297-313.

As partes manifestaram-se sobre o laudo.

Por sentença, o MM Juiz de Direito acolheu o pedido do Autor de abstenção, sob pena de multa diária de R\$ 1.000,00 (um mil reais), e rejeitou o pedido de indenização. Tendo em vista que as partes decaíram em parte de suas pretensões, cada qual deve suportar de forma proporcional as custas e honorários advocatícios, estes fixados em 10% sobre o valor da causa, possibilitada a compensação (STJ, Súmula 306).

O Autor opôs embargos de declaração, que foram rejeitados.

Ambas as partes apelaram (Apelação Cível n. 2006.021959-7).

Inconformada, a empresa Irmãos Olivo Ltda. alegou que não haveria como se identificar a novidade na patente do Apelado, visto que outra empresa italiana já havia construído tal maquinário. Disse que a discussão administrativa travada no âmbito do INPI, na qual discute-se a nulidade ou não da patente, não seria exauriente pois haveria a possibilidade de se discutir tal matéria no foro da Justiça Federal. Sustentou que, mesmo

procedente o pedido do Apelado, tanto no âmbito judicial quanto no administrativo, não poderia tal proteção afetar as atividades do Apelante, pois o seu conjunto de peças e sistemas é para aplicação de cola, já o do Apelado é capaz de aplicar cera protetiva em revestimentos cerâmicos. Arguiu que a patente não confere poderes ao Apelado de impedir que o Apelante construa e/ou comercialize pistolas injetoras e aplicadoras de cola, pois a proteção diz respeito ao conjunto descrito na carta patente, composto de mangueiras, válvulas, compressores, pistola injetora e outros. Pugnou pela reforma parcial da sentença a fim de que seja autorizada a produção do item em questão; condenado o Apelado no pagamento integral dos ônus sucumbenciais, ou, alternativamente, seja reduzida a verba honorária para 10% sobre o valor da condenação; mantendo no mais a sentença.

Irresignado, o Autor sustentou, em preliminar, cerceamento de defesa ante a necessidade de realização de prova pericial a comprovar o prejuízo sofrido pelo Apelante, a ensejar a possibilidade de condenação da Apelada ao pagamento de perdas e danos e lucros cessantes. Argumentou que, com seu direito legítimo, seria cabível a fixação de indenização ao titular da patente pela exploração indevida do seu objeto, sem que haja a necessidade de prova dos danos causados. Disse que a magistrada de 1º grau deixou de se manifestar quanto ao pedido de busca e apreensão dos produtos fabricados pela Apelada, o que seria necessário, além do que, a multa diária aplicada pela sentença deveria incidir não somente após o trânsito em julgado da sentença, mas sim imediatamente quando constatada a contrafação. Pleiteou, ainda, pela condenação da Apelada a suportar integralmente os ônus sucumbenciais, majorando a verba honorária para 20% sobre o valor da causa.

Foram apresentadas contra-razões por ambos os recorrentes.

Após, os autos ascenderam a esta Corte.

É o relatório.

VOTO

Porque presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Observo ser indispensável um inicial esclarecimento quanto aos fatos, tendo em vista a existência de conexão entre as ações ordinária inibitória para abstenção de uso ilegal de produto patentado c/c pedido de indenização n. 020.04.000333-7 e 020.04.003400-3.

Pelo disposto no art. 103, do Código de Processo Civil, "reputam-se conexas duas ou mais ações, quando lhes for comum o objeto ou a causa de pedir".

Explicita CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO que "*conexidade, ou conexão de causas, é a relação de semelhança entre duas ou várias demandas que tenham um ou mais elementos constitutivos em comum, sem terem todos (nessa hipótese as demandas não seriam conexas, mas iguais; CPC, art. 103 e art. 301, § 2º)*". E bem observa que "*A conexidade é uma categoria jurídico-processual de tanta amplitude, que conceitualmente é capaz de abranger em si todas as demais modalidades de relações de demandas. No confronto com ela, cada uma destas está em relação de especialidade: na figura genérica da conexidade acomodar-se-iam todas as demais, não fossem as notas específicas de cada uma e os tratamentos diferenciados que a lei lhes dá (prejudicialidade, continência etc.)*" (in Instituições de Direito Processual Civil, vol. II, 5ª edição, Malheiros Editores, pags. 148 e 149).

Na realidade em ambas as demandas discute-se a existência ou não da alegada contrafação, face a concessão de carta patente ao Autor.

Sob tais circunstâncias, entendo que aqui não se enfrenta prejudicialidade, mas sim, típica conexão, a exigir a providência do art. 105, do Código de Processo Civil, com reunião dos processos, para decisão única.

Por conseguinte, passo a proceder ao exame das teses ventiladas nas Apelações Cíveis n. 2005.029757-4 e 2006.021959-7.

Da preliminar de cerceamento de defesa

O Autor, Aníbal Carlos Bristot, apelou em ambas as demandas (Apelações Cíveis n. 2005.029757-4 e 2006.021959-7) alegando, em preliminar, cerceamento de defesa vez que necessária a produção de prova testemunhal e pericial; bem como a necessidade de realização de prova pericial a comprovar o prejuízo sofrido pelo Apelante, a ensejar a possibilidade de condenação da Apelada ao pagamento de perdas e danos e lucros cessantes.

Todavia, razão não assiste ao Autor Apelante, notadamente porque cabe ao Magistrado analisar a pertinência da colheita de provas além dos documentos carreados aos autos, a teor dos arts. 130 e 131 do Código de Processo Civil.

Pelo fato de ser o juiz o condutor do processo e o destinatário natural da prova, em razão do princípio do livre convencimento, tem o poder e o dever de decidir acerca da conveniência e da oportunidade da realização de qualquer prova, visando obstar a prática de atos inúteis ou protelatórios (art. 130 do CPC) em respeito aos princípios da celeridade e economia processual, sem que, no entanto, tal providência implique em cerceamento de defesa.

Colhe-se da jurisprudência:

“Em matéria de prova, o poder inquisitivo do juiz é maior do que em qualquer outra atividade processual. Sendo o destinatário da prova, não é mero espectador da luta de partes, podendo, por isso mesmo, deferir ou indeferir as diligências que, a seu juízo, são inúteis ou protelatórias. Conquanto o ônus da prova caiba às partes (art. 333), é o juiz que formula um juízo de conveniência, selecionando, dentre as requeridas, as necessárias à instrução do processo” (Agravo de Instrumento n. 1996.005699-8, Des. Pedro Manoel Abreu).

Na espécie em exame, apresentava-se desnecessária a produção de mais provas, pelo que não há que se falar em cerceamento à ampla defesa e, por tal razão, afastar a preliminar argüida.

A propósito:

“Inexiste cerceamento de defesa pelo julgamento antecipado da lide (artigo 330, inciso I, do Código de Processo Civil) se o magistrado colheu dos autos elementos suficientes para formar seu convencimento. Ademais, cabe ao juiz, ao analisar cada caso, decidir sobre a necessidade ou não da produção de provas” (Apelação Cível n. 2003.023134-0, rel. Des. Fernando Carioni, j. em 31-3-05).

Afasta-se a preliminar de cerceamento de defesa.

Da patente

Nos autos da Apelação Cível n. 2005.029757-4, sustentou o Autor ter comprovado ser titular da patente de invenção denominada "aplicador de produto em revestimento cerâmico", levado a depósito perante o INPI em 7-8-2003, sob a carta patente n. PI003826-1, o que lhe ensejaria, nos termos do art. 42 da Lei n. 9.279/1996, o direito de impedir que terceiros, sem o seu consentimento, utilizem ou fabriquem o produto objeto da patente, definindo, ainda, tal prática como crime contra patentes, consoante o disposto no art. 183 da Lei de Propriedade Industrial.

Já na Apelação Cível n. 2006.021959-7, a empresa Irmãos Olivo Ltda. alegou que não haveria como se identificar a novidade na patente do Apelado, visto que outra empresa italiana já havia construído tal maquinário. Disse que a discussão administrativa travada no âmbito do INPI, na qual discute-se a nulidade ou não da patente, não seria exauriente pois haveria a possibilidade de se discutir tal matéria no foro da Justiça Federal. Sustentou que, mesmo procedente o pedido do Apelado, tanto no âmbito judicial quanto no administrativo, não poderia tal proteção afetar as atividades do Apelante, pois o seu conjunto de peças e sistemas

é para aplicação de cola, já o do Apelado é capaz de aplicar cera protetiva em revestimentos cerâmicos. Arguiu que a patente não confere poderes ao Apelado de impedir que o Apelante construa e/ou comercialize pistolas injetoras e aplicadoras de cola/cera, pois a proteção diz respeito ao conjunto descrito na carta patente, composto de mangueiras, válvulas, compressores, pistola injetora e outros.

O Autor, na Apelação Cível n. 2006.021959-7, argumentou que, com seu direito legítimo, seria cabível a fixação de indenização ao titular da patente pela exploração indevida do seu objeto, sem que haja a necessidade de prova dos danos causados.

Dispõe a Lei de Propriedade Industrial:

"Art. 45. À pessoa de boa fé que, antes da data de depósito ou de prioridade de pedido de patente, explorava seu objeto no País, será assegurado o direito de continuar a exploração, sem ônus, na forma e condição anteriores.

§ 1º — O direito conferido na forma deste artigo só poderá ser cedido juntamente com o negócio ou empresa, ou parte desta que tenha direta relação com a exploração do objeto da patente, por alienação ou arrendamento.

§ 2º — O direito de que trata este artigo não será assegurado a pessoa que tenha tido conhecimento do objeto da patente através de divulgação na forma do art. 12, desde que o pedido tenha sido depositado no prazo de 1 (um) ano, contado da divulgação".

Assim, levando-se em consideração que o uso anterior seria uma exceção à regra dos direitos de patentes, ensina GABRIEL DI BLASI que, *"deve-se considerar, para avaliar os direitos do usuário anterior, a questão do nível de divulgação do uso anterior. Ou seja, se o usuário explorou o objeto em sigilo, talvez ele não tenha interesse em exercer tal direito, pelo fato de não se sentir ameaçado pelo titular da patente, pois este último nunca tomará ciência da existência de um usuário anterior, que explorava o objeto de sua patente antes da data do respectivo depósito. Como exemplo, pode-se citar o caso em*

que o objeto do uso anterior é um processo de fabricação, cuja prova de uso é difícil de se realizar." (in A propriedade industrial: os sistemas de marcas, patentes e desenhos industriais analisados a partir da Lei n. 9.279, de 14 de maio de 1996. p. 297).

E complementa o referido doutrinador que, *"Por outro lado, se o usuário divulgou publicamente a exploração do objeto, anteriormente à data do respectivo depósito do pedido de patente ou à data da respectiva prioridade, as chances do mencionado usuário tornar nula a patente desse objeto são grandes..."* (op. cit., p. 297).

Consta nos autos que a Carta Patente n. PI0003826-1 (fl. 28) atesta ser o Autor, Aníbal Carlos Bristot, titular da patente de invenção denominada "aplicador de produto em revestimento cerâmico", pelo prazo de 20 (vinte) anos, contados a partir de 7-8-2000.

Porém, apresentou a Cecrisa, às fls. 125-136, documentos que comprovam que, em meados de setembro de 1993, os funcionários da empresa criaram um mesmo maquinário, denominado "máquina de escolha – pistola de cola", baseado em outra máquina da marca System (empresa italiana), no qual foi utilizado para aplicar cera aos revestimentos cerâmicos por ela produzidos.

Uma vez desenvolvido o projeto da "máquina de escolha – pistola de cola", Cecrisa solicitou à empresa Irmãos Olivo Ltda. que providenciasse a construção do referido objeto nos moldes dos desenhos apresentados.

A empresa Irmãos Olivo Ltda., nos autos n. 020.04.003400-3, confirmou as alegações da Cecrisa sustentando que, *"Dentre as diversas empresas conceituadas do ramo cerâmico, destaca-se a Cerâmica Portinari, do Grupo Cecrisa, que utiliza equipamento para aplicação de material protetivo em revestimentos cerâmicos desde 1987, por conta da aquisição junto à empresa italiana System, do sistema suscitado como novidade, chamado Line Mix*

System, e equivocadamente patenteado em nome do autor" (fl. 171, Autos n. 020.04.003400-3).

Essas alegações não foram infirmadas pelo Autor.

Com relação à prova pericial efetivada nos autos da cautelar n. 020.03.026942-3, informou o *expert* que:

"Primeiramente cabe salientar que na diligência efetuada na empresa requerida (Cecrisa) foi constatado que a máquina Italiana LINE MIX – SYSTEM aplicadora de cola possui idade média estimada de mais de **10 (dez) anos** face ao grau de depreciação e desgaste de suas estruturas e componentes conforme se comprova na fotografia abaixo.

Observa-se na foto que as estruturas estão com pinturas comprometidas, corrosão aparente característica irrefutável de desgaste e de anos de utilização do equipamento.

Salienta-se que alguns dos desenhos industriais apresentados pela requerida que foram extraídos dos manuais da máquina italiana apresentam datas, a saber:

Doc. 09 – desenho do tanque de pressurização – datado de **03/12/90**.

Doc. 11 – desenho dos injetores, tanque e montagem – datado de **1983**.

Doc. 12 – desenho do tanque em corte – datado de **7-1-84**.

Salienta-se, por último, que o pedido de patente de invenção do requerente é datado de 7-8-2000, portanto bem posterior aos desenhos industriais da máquina italiana" (fls. 133-134, dos Autos n. 020.03.026942-3, grifos no original).

A conclusão dessa perícia foi a seguinte:

"1º) Tratando **exclusivamente** do equipamento apreendido comparando-o com a carta patente de invenção do auto pode-se afirmar que:

O equipamento da requerida possui **as mesmas características técnicas e executa a mesma função que o equipamento patenteado**.

Cabe novamente salientar que o objeto da perícia é a análise **exclusiva** dos equipamentos em si objeto de concessão da carta patente e **não a análise do ato inventivo do produto químico (cera aplicada a frio), que ainda encontra-se em estudo no INPI**, sendo assim também concluo que:

2º) Há no mercado equipamentos importados com data de fabricação anterior à concessão da carta patente, equipamentos estes similares ao equipamento patenteado, sendo esta similaridade relacionada tanto aos princípios construtivos quanto aos princípios de utilização técnica do mesmo" (fls. 140, dos Autos n. 020.03.026942-3, grifos no original).

Já nos autos da Ação Ordinária n. 020.04.003400-3, reafirmou o Perito que, *"Sim, conforme perícia já efetuada em outro processo..., constatou-se à época que o equipamento italiano da marca System, é **similar** ao conjunto patenteado pelo autor"*, repisando que *"os trabalhos pericias são distintos, pois a similaridade encontrada na perícia anterior comparava o conjunto 'aplicador de protetivo' com o 'aplicador de cola' italiano. Inclusive detectou-se que umas das pequenas diferenças encontradas nos dois equipamentos seriam os injetores propriamente ditos, visto que o injetor para aplicação de cola possui canal de ar comprimido diretamente no bico aplicador, já o injetor de protetivo não possui"* (fl. 310, dos Autos n. 020.04.003400-3, grifo no original).

Informou, ainda, o Perito na Ação Ordinária n. 020.04.003400-3, que, *"Observando-se pelo prisma da similaridade dos equipamentos entre o aplicador de protetivo de peças cerâmicas e o aplicador de cola (system), tal discussão técnica foi exaustivamente debatida no ato da perícia e é entendimento **tanto deste perito quanto dos assistentes técnicos** que o equipamento se enquadraria como MODELO DE UTILIDADE"*, sendo que *"O conjunto completo nominado como 'aplicador de protetivo em revestimento cerâmico' é **similar** ao equipamento System aplicador de cola, porém no caso*

em tela, objeto desta perícia, os injetores apresentados são idênticos entre si e diferentes dos injetores da máquina System" (fl. 311, dos Autos n. 020.04.003400-3, grifo no original).

Como se vê, a prova pericial demonstra não poderem incidir os efeitos decorrentes da patente sobre as partes que estão sob o abrigo do disposto no art. 45 da Lei n. 9.279/1996, eis que demonstrada a boa-fé da Cecrisa e da empresa Irmãos Olivo Ltda., haja vista que o objeto em questão já estava sendo explorado anteriormente à concessão da carta patente ao Autor.

Portanto, sendo posterior o depósito e concessão da carta patente ao Autor, outra não seria a solução senão a de possibilitar que as empresas Demandadas se utilizem do maquinário ou explorem tal produto, sem que isso caracterize contrafação ou concorrência desleal.

Sob tais fundamentos, nego provimento aos recursos do Autor, Aníbal Carlos Bristot, e dou provimento ao apelo da empresa Irmãos Olivo Ltda. para, reformando a sentença, julgar improcedente o pedido de Aníbal Carlos Bristot e possibilitar à Demandada a produção e comercialização do injetor de cola/cera.

Do ônus da sucumbência na Apelação Cível n. 2006.021959-7

Pugnou a empresa Irmãos Olivo Ltda. pela reforma parcial da sentença a fim de que seja condenado o Apelado ao pagamento integral dos ônus sucumbenciais, ou, alternativamente, seja reduzida a verba honorária para 10% sobre o valor da condenação.

Pleiteou o Autor, ainda, pela condenação da Apelada a suportar integralmente os ônus sucumbenciais, majorando a verba honorária para 20% sobre o valor da causa.

Tendo em vista a reforma da sentença, com a improcedência do pedido do Autor, os ônus sucumbenciais devem ser suportados por ele, sendo os honorários advocatícios mantidos em 10% sobre o valor da causa.

Frente ao exposto, conheço da Apelação Cível n. 2005.029757-4 e nego-lhe provimento; conheço da Apelação Cível n. 2006.021959-7, nego provimento ao recurso do Autor e dou provimento ao apelo da Demandada para, reformando a sentença, julgar improcedente o pedido de Aníbal Carlos Bristot e possibilitar à empresa Irmãos Olivo Ltda. a produção e comercialização do injetor.

DECISÃO

Nos termos do voto do relator, decidiu a Câmara, à unanimidade, conhecer da Apelação Cível n. 2005.029757-4 e negar-lhe provimento; conheço da Apelação Cível n. 2006.021959-7, nego provimento ao recurso do Autor e dou provimento ao apelo da Demandada para, reformando a sentença, julgar improcedente o pedido de Aníbal Carlos Bristot e possibilitar à empresa Irmãos Olivo Ltda. a produção e comercialização do injetor.

O julgamento, realizado no dia 30 de abril de 2009, foi presidido pelo Exmo. Senhor Des. Gastaldi Buzzi, com voto, e dele participou a Exma. Senhora Desa. Rejane Andersen.

Florianópolis, 10 de junho de 2009.

Paulo Roberto Camargo Costa
RELATOR

Apelação Cível n. 2005.034770-7, de Rio do Sul

Relator: Des Subst. Paulo Roberto Camargo Costa

AGRAVO RETIDO – AÇÃO ORDINÁRIA – CONTRATO DE REPRESENTAÇÃO COMERCIAL – CISÃO PARCIAL DA EMPRESA CONTRATANTE – SOLIDARIEDADE PASSIVA DA EMPRESA QUE A ABSORVEU – LEGITIMIDADE PASSIVA – EXEGESE DO DISPOSTO NO ART. 233 D A LEI N. 6.404/76 – RECURSO DESPROVIDO.

Na forma do disposto no art. 233 da Lei n. 6.404/76, subsistindo a companhia cindida, as empresas que absorveram parte do seu patrimônio respondem solidariamente pelas obrigações assumidas anteriormente à cisão.

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO ORDINÁRIA – CONTRATO DE REPRESENTAÇÃO COMERCIAL – PROCESSO CIVIL – CERCEAMENTO DE DEFESA – REALIZAÇÃO DE PROVA ORAL E TESTEMUNHAL – DESNECESSIDADE – PRELIMINAR AFASTADA.

“Não configura cerceamento de defesa o julgamento antecipado da lide quando inexistente início de prova roborando a alegação do devedor, tornando-se, nesta hipótese, desnecessária a instrução processual” (Apelação Cível n. 2003.014777-2, de Itajaí, rel. Des. Gastaldi Buzzi).

PROCESSO CIVIL – NULIDADE DA SENTENÇA – JULGAMENTO EXTRA PETITA – INOCORRÊNCIA – ANÁLISE DENTRO DOS LIMITES IMPOSTOS PELAS PARTES – PRELIMINAR RECHAÇADA.

Se o magistrado julgou a lide analisando toda a fundamentação trazida pelas partes, não deixando de observar nenhum tópico, não há como reconhecer-se a decisão como *extra petita*.

PROCESSO CIVIL – NULIDADE DA SENTENÇA – OMISSÃO QUANTO À ANÁLISE DE DOCUMENTO – NÃO ACOLHIMENTO – OBSERVÂNCIA AO JUÍZO DE CONVENCIMENTO DO MAGISTRADO DE PRIMEIRO GRAU – PRELIMINAR DESPROVIDA.

A análise ou não de documento acostado aos autos restringe-se ao juízo de convencimento do magistrado, de acordo com o revelado pelo art. 131 do Código de Processo Civil, não se podendo, assim, concluir que, por não apreciar os argumentos das Requeridas quanto ao conteúdo e os efeitos decorrentes daquele documento, a sentença seria nula.

PROCESSO CIVIL – NULIDADE DA SENTENÇA – ALEGAÇÕES FINAIS – FALTA DE OPORTUNIZAÇÃO – INOCORRÊNCIA DE NULIDADE – EXEGESE DO DISPOSTO NO ART. 454, § 3º, DO CPC – RECURSO DESPROVIDO.

"3. Não se verificando empecço ou prejuízo à defesa da ré, e observados os quesitos processuais aplicáveis, inexistente ofensa ao art. 454, § 3º, do CPC, uma vez que da simples falta de oportunidade para a apresentação de alegações finais, pela inocorrência de audiência de instrução e julgamento, não decorre qualquer nulidade.

4. Intimado o recorrente quanto à conclusão dos autos para sentença – sem a realização de audiência de instrução e julgamento, e, portanto, sem oferta de alegações finais -, e quedando-se o mesmo inerte, tem-se como precluso o direito de manifestação sobre as provas periciais, descaracterizado o apontado cerceamento de defesa” (REsp. n. 419.592/PR, rel. Ministro José Delgado).

PROCESSO CIVIL – CONTESTAÇÃO – SUSPENSÃO DA CONTAGEM DO PRAZO – EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA – EXEGESE DAS DISPOSIÇÕES DOS ARTS. 265, III, E 306 DO

CPC – RESPOSTAS PROTOCOLADAS DENTRO DO PRAZO LEGAL – RECURSO DESPROVIDO.

De acordo com as disposições dos arts. 265, III, e 306, todos do CPC, a oposição de exceção de incompetência suspende o prazo contestatório. Acolhido o incidente, os prazos suspensos só se reiniciam a partir da intimação da respectiva decisão.

CONTRATO DE REPRESENTAÇÃO COMERCIAL – SENTENÇA QUE CONSIDEROU A VALIDADE DA CLÁUSULA "DEL CREDERE" – POSSIBILIDADE – REGIME LEGAL QUE AUTORIZA A MANUTENÇÃO DA CLÁUSULA – ART. 43 DA LEI N. 4.886/65 – REDAÇÃO ALTERADA PELA LEI N. 8.420/92 – OBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO *TEMPUS REGIT ACTUM* – RECURSO DA AUTORA DESPROVIDO.

Muito embora a Lei n. 8.420/92 tenha acrescido à Lei n. 4.886/65 o art. 43, o qual veda que no contrato de representação comercial seja incluída a referida cláusula, sendo que a lei nova não pode retroagir para alcançar declarações de vontade manifestadas antes de sua vigência, não se pode olvidar a incidência das novas regras atinentes à matéria.

CONTRATO DE REPRESENTAÇÃO COMERCIAL – PEDIDO DA AUTORA – HOMOLOGAÇÃO DO LAUDO PERICIAL – IMPOSSIBILIDADE – APLICAÇÃO DE ÍNDICE DE CORREÇÃO MONETÁRIA DIVERSO DO PERMITIDO – OBSERVÂNCIA AO DISPOSTO NO ART. 436 DO CPC – RECURSO DESPROVIDO.

"O juiz não está adstrito ao laudo pericial, podendo formar a sua convicção com outros elementos ou fatos provados nos autos" (CPC, art. 436).

CONTRATO DE REPRESENTAÇÃO COMERCIAL – INSURGÊNCIA DAS REQUERIDAS – RESCISÃO POR JUSTA CAUSA – BAIXO DESEMPENHO NAS VENDAS – CAUSA

JUSTIFICADORA NÃO DEMONSTRADA – INDENIZAÇÃO DEVIDA – RECURSO DESPROVIDO.

O decréscimo nas vendas pela Representante não prova falta grave a ensejar a rescisão motivada do contrato, o que, por outro lado, gera a possibilidade de cobrança dos prejuízos advindos dessa ilegalidade, como por exemplo, a indenização prevista pelo art. 27, alínea *j*, da Lei n. 4.886, de 9-12-1965, com redação dada pela Lei n. 8.420, de 8-5-1992.

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – EXPRESSA MENÇÃO NA SENTENÇA – SUCUMBÊNCIA DISTRIBUÍDA FACE A DERROTA DE CADA UMA DAS PARTES – MANUTENÇÃO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2005.034770-7, da comarca de Rio do Sul (2ª Vara Cível), em que são apte/apdo Braga Representações Comerciais, e apdo/apte NH — Indústria e Comércio Ltda. e outros:

ACORDAM, em Terceira Câmara de Direito Comercial, por votação unânime, conhecer de ambos os recursos e negar-lhes provimento. Custas legais.

RELATÓRIO

Perante o juízo da 6ª Vara Cível da comarca do Rio de Janeiro, Braga Representações Comerciais Ltda. promoveu ação ordinária contra Frahm Eletrônica Ltda., Frahm Componentes Amazônia Ltda., NH — Indústria e Comércio Ltda., Frahm Participações Ltda., Casa Rádios Norberto Ltda., Norberto Frahm, Hilda Frahm, Alberto Frahm, Fernando Frahm, Helena Frahm Perfolli e Marcelo Frahm, requerendo a reparação das perdas e danos, inclusive morais e materiais, além de lucros cessantes pela rescisão do contrato de representação comercial, sem justa causa, no qual mantinha

com o Grupo Frahm desde 13-4-1992, sem que ao menos fosse paga a indenização prevista no art. 27, *j*, da Lei n. 4.886/1965.

Informou que, muito embora o contrato de representação comercial tenha sido assinado com a Frahm Eletrônica Ltda., recebia comissões da empresa Frahm Componentes Amazônia Ltda., empresas essas que, assim como NH — Indústria e Comércio Ltda., pediram de forma enganosa concordata preventiva.

Disse que, em 1º-11-1994, o Grupo Frahm declarou rescindido o contrato de representação comercial, por justa causa, por desídia do Autor, sendo que, anteriormente, em 15-7-1994, foi oferecido como pagamento de indenização pela rescisão, o equivalente a US\$ 36.054,59, pelas vendas feitas para aquelas empresas.

Asseverou que os Demandados vêm tratando os representantes comerciais de forma "maquiavélica", com o nítido propósito de lesar os seus direitos, visto que a concordata preventiva vem drenando o seu patrimônio para a holding do Grupo Frahm.

Pleiteou, também, fosse reconhecida a existência do Grupo Frahm, pela composição de todos os Demandados, principalmente as pessoas físicas controladoras das sociedades. Juntou documentos, laudo sobre o seu desempenho e os percentuais de comissões devidos.

Frahm Participações Ltda., Casa Rádios Norberto Ltda., Norberto Frahm, Hilda Frahm, Alberto Frahm, Fernando Frahm, Helena Frahm Perfoli e Marcelo Frahm, apresentaram contestação alegando, em preliminar, ilegitimidade passiva *ad causam* dos mesmos; a inexistência do Grupo Frahm, de sociedades coligadas, controladas ou controladoras; a impossibilidade da desconsideração da personalidade jurídica. No mérito, alegaram que a Autora pretende olvidar suas deficiências – flagrante queda nas vendas, não entrega de relatórios, ausência de informações quanto ao seu mercado de atuação – pretendendo imputar à Requerida Frahm

Eletrônica Ltda., hoje denominada NH — Indústria e Comércio Ltda., uma conduta tendenciosa, alegando estar praticando ato a ensejar uma forçada rescisão contratual. Disseram que o laudo não seria verídico; que a empresa Autora no primeiro trimestre de 1992 teve uma queda de 50% em relação à média do mesmo trimestre do ano de 1991. Asseverou que, em razão das quedas de vendas a Requerente e a Frahm Eletrônica Ltda., hoje denominada NH — Indústria e Comércio Ltda., bilateralmente, decidiram rescindir o antigo contrato de representação comercial, em 13-4-1992, onde se delimitou consensualmente a área de atuação, percentuais de comissão entre outros, sem sequer insinuar ter sido prejudicada a Autora em razão do mesmo.

Sustentaram que seria indevida a condenação das mesmas ao pagamento de indenização, seja por danos materiais ou morais, bem como por perdas e danos.

Réplica às fls. 373-384.

Frahm Eletrônica Ltda., hoje denominada NH — Indústria e Comércio Ltda., também apresentaram contestação alegando, preliminarmente, a inexistência de condição essencial para o exercício do direito de ação, pois a Autora sequer apresenta prova do ato ilícito praticado pelas Demandadas, a ensejar a concessão de reparação por perdas, danos (morais e materiais) e lucros cessantes. No mérito, disse que, assim como apresentou a Autora, a abertura do mercado aos produtos importados, trouxe para as empresas Demandadas um decréscimo nas vendas dos seus produtos, o que levou as partes a rescindirem o antigo contrato de representação comercial e pactuarem outro novo contrato, onde foi delimitada a área de atuação da empresa Autora, os percentuais de comissão, as obrigações de cada parte, descaracterizando qualquer alegação de prejuízo em razão do mesmo. Argüiu que seria indevida a pretensão de indenização por danos, morais e materiais, perdas e lucros cessantes.

Frahm Participações Ltda., Casa Rádios Norberto Ltda., Norberto Frahm, Hilda Frahm, Alberto Frahm, Fernando Frahm, Helena Frahm Perfolli e Marcelo Frahm, opuseram impugnação ao valor da causa, que foram rejeitados.

Frahm Eletrônica Ltda., hoje denominada NH — Indústria e Comércio Ltda., Frahm Participações Ltda., Casa Rádios Norberto Ltda., Norberto Frahm, Hilda Frahm, Alberto Frahm, Fernando Frahm, Helena Frahm Perfolli e Marcelo Frahm, ajuizaram exceção de incompetência que foi acolhida, sendo determinada a remessa dos autos ao juízo da comarca de Rio do Sul/SC.

Recebido o processado perante o juízo da 2ª Vara Cível da comarca de Rio do Sul, o magistrado de 1º grau determinou a intimação dos Demandados para se manifestassem quanto aos documentos apresentados às fls. 385 e da Autora para se manifestar quanto à contestação.

Réplica às fls. 469-480.

Em saneador, o magistrado *a quo* determinou a intimação dos Demandados para se manifestarem quanto à impugnação da Autora e, sem prejuízo do julgamento antecipado da lide, determinou que as partes especificassem as provas que pretendiam produzir.

Contra essa decisão, Frahm Participações Ltda., Casa Rádios Norberto Ltda., Norberto Frahm, Hilda Frahm, Alberto Frahm, Fernando Frahm, Helena Frahm Perfolli e Marcelo Frahm, interpuseram agravo retido alegando que o magistrado de 1º grau deixou de apreciar a preliminar de ilegitimidade argüida pelos Demandados na sua peça contestatória.

A Autora impugnou o agravo retido.

Designada audiência, a conciliação restou inexitosa, sendo proferido despacho pelo magistrado a quo no sentido de acolher parcialmente a preliminar argüida pelos Demandados e excluídos da relação processual os

réus Casa Rádios Norberto Ltda., Norberto Frahm, Hilda Frahm, Alberto Frahm, Fernando Frahm, Helena Frahm Perfoll e Marcelo Frahm, mantidos no pólo passivo da demanda Frahm Eletrônica Ltda., hoje denominada NH — Indústria e Comércio Ltda., Frahm Participações Ltda., e Frahm Componentes Amazônia Ltda.; reconhecer como tempestiva a contestação apresentada por Frahm Eletrônica Ltda., hoje denominada NH — Indústria e Comércio Ltda.; e deferir a realização de prova pericial contábil.

Frahm Participações Ltda., atual denominação de Frahm Indústria e Comércio Ltda., opôs agravo retido pleiteando fosse excluída da relação processual e reconhecida sua ilegitimidade passiva *ad causam*.

Apresentados quesitos pelas partes e nomeado expert, o laudo foi apresentado às fls. 550-795.

As partes se manifestaram sobre o laudo.

Por sentença, o MM Juiz de Direito julgou parcialmente procedente o pedido da Autora para condenar a requerida NH Indústria e Comércio Ltda., sucessora da Frahm Eletrônica Ltda., a lhe pagar a título de indenização de 1/20 (um vinte avos) do total das comissões recebidas durante o contrato, os valores de R\$ 97.116,76 em relação a primeiro contrato firmado entre as partes (1978-1992) e R\$ 3.268,25 em relação ao segundo contrato. Condenou também a requerida Frahm Componentes Amazônia Ltda. a pagar à Autora o valor de R\$ 1.035,19, a título de indenização de 1/20 do total das comissões auferidas durante a contratualidade havida. Os valores acima mencionados deverão ser corrigidos monetariamente a partir dos respectivos cálculos, e acrescidos de juros moratórios de 0,5% ao mês a contar da citação. Em relação à requerida Frahm Participações Ltda., julgou improcedentes os pedidos formulados pela Autora, vez que não demonstrado nos autos a efetiva existência de contrato de representação firmado entre as partes, tampouco que a Requerente tenha intermediado vendas em seu nome. Na forma do art. 21 do Código de Processo Civil,

condenou ainda cada uma das partes a pagarem honorários advocatícios de 10% (dez por cento) sobre a parte em que decaíram, impondo-se ressaltar que, por força do disposto no art. 23, da Lei n. 8.906/1994, fica excluída a possibilidade de compensação. Custas legais pelas partes, na proporção da sucumbência recíproca.

Braga Representações Comerciais Ltda., NH Indústria e Comércio Ltda., sucessora da Frahm Eletrônica Ltda., Frahm Componentes Amazônia Ltda. opuseram embargos de declaração, sendo que somente foram acolhidos os interpostos por Braga Representações Comerciais Ltda., para o fim de retificar a sentença proferida nestes autos, passando a parte dispositiva ter a seguinte redação: "*Pelo exposto, julgo procedentes em parte os pedidos formulados pela requerente para, **condenar as requeridas, N.H. Indústria e Comércio (sucessora da Frahm Eletrônica Ltda.) e Frahm Participações Ltda., solidariamente**, a lhe pagar, a título de indenização de 1/20 do total das comissões recebidas durante o contrato, os valores de R\$ 97.116,76 em relação a primeiro contrato firmado entre as partes (1978-1992) e R\$ 3.268,25 em relação ao segundo contrato. Condene também a requerida Frahm Componentes da Amazônia S. A. a pagar à requerente o valor de R\$ 1.035,19, a título de indenização de 1/20 do total das comissões auferidas durante a contratualidade havida. Os valores acima mencionados deverão ser corrigidos monetariamente a partir dos respectivos cálculos, e acrescidos de juros moratórios de 0,5% ao mês a contar da citação. Na forma do art. 21, do Código de Processo Civil, condene cada uma das partes a pagarem honorários advocatícios de 10% (dez por cento) sobre a parte em que decaíram, impondo-se ressaltar que, por força do disposto no art. 23, da Lei 8.906/94, fica excluída a possibilidade de compensação. Custas legais pelas partes, na proporção da sucumbência recíproca. Publique-se, registre-se e intimem-se"* (grifos no original). No mais, persistiu a sentença tal qual está lançada.

NH Indústria e Comércio Ltda., sucessora da Frahm Eletrônica Ltda., e Frahm Componentes Amazônia Ltda. opuseram novos embargos de declaração, que foram rejeitados.

Ambas as partes apelaram.

Irresignada, a Autora alegou, em preliminar, que a contestação das empresas Apeladas seria intempestiva; a sentença seria nula ante o impedimento de produção de prova pericial, pois as provas realizadas nos autos não são suficientes para a solução do litígio. Pugnou para "*que repare o equívoco da sentença e declare inválida a cláusula de diminuição de comissões, mantendo o pagamento das bases de 7%, conforme pactuado validamente e corroborado pelo próprio laudo do perito do juízo, que tornou a diferença de comissões líquidas*" (fl. 893). Sustentou que o laudo pericial deveria ter sido homologado e tornada líquida a quantia devida à Autora referente as diferenças de comissões, acrescida de correção monetária pelo IGP-DI, de acordo com a Súmula 43 do STJ.

Inconformadas, NH Indústria e Comércio Ltda., sucessora da Frahm Eletrônica Ltda., e Frahm Componentes Amazônia Ltda., sustentaram, preliminarmente, que seria nula a sentença por cerceamento de defesa, face a necessidade de realização de prova oral anteriormente deferida; nulidade da sentença ante a falta de alegações finais; omissão acerca da apreciação e pronunciamento referente ao documento colacionado à fl. 36 pela Apelada, que ensejou também a interposição dos embargos de declaração; nulidade da sentença por julgamento *extra petita*, vez que a Apelada não formulou pedido de condenação das empresas Apelantes ao pagamento de indenização por rescisão por justa causa. Disseram que seria inadmissível a imposição de qualquer responsabilidade às Apelantes, vez que a rescisão contratual se deu por justa causa, fundamentada na desídia da Apelada, motivo pelo qual deve ser reformada a sentença. Argüíram que a condenação das mesmas ao pagamento de 1/20 sobre o total das comissões não

poderia se estender ao contrato firmado entre partes, no período de 1978 a 1992, pois a Apelada consentiu com a rescisão daquele contrato, sendo indevido qualquer valor.

Frahm Indústria e Comércio Ltda. também apelou alegando, em preliminar, que a produção de prova oral era de fundamental importância para corroborar os argumentos defendidos pelas partes; a nulidade da sentença sobre o documento de fl. 36, sua validade e quitação; nulidade da sentença vez que deixou de estabelecer adequadamente os honorários advocatícios, apesar da oposição de dois embargos declaratórios; a ilegitimidade passiva da empresa Apelante na presente demanda; nulidade da sentença ante o julgamento *extra petita*, vez que não há pedido de indenização por rescisão sem justa causa. Disse que seria inadmissível a imposição de qualquer responsabilidade às Apelantes, vez que a rescisão contratual se deu por justa causa, fundamentada na desídia da Apelada, motivo pelo qual deve ser reformada a sentença. Argüiu que a condenação das mesmas ao pagamento de 1/20 sobre o total das comissões não poderia se estender ao contrato firmado entre partes, no período de 1978 a 1992, pois a Apelada consentiu com a rescisão daquele contrato, sendo indevido qualquer valor. Requereu o conhecimento e análise do agravo retido.

Foram apresentadas contra-razões por ambos os recorrentes.

Após, os autos ascenderam a esta Corte.

É o relatório.

VOTO

Porque presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Do agravo retido

Inicialmente analiso o agravo retido interposto por Frahm Participações Ltda., atual denominação de Frahm Indústria e Comércio Ltda., no qual pleiteou fosse excluída da relação processual e reconhecida sua ilegitimidade passiva *ad causam*.

Disse que "*a agravante nasceu da cisão parcial da FRAHM ELETRÔNICA LTDA., o que significa que a sociedade cindida não se extinguiu. [...]*", que o disposto no art. 233 da Lei das Sociedades Anônimas "*não deixa dúvida de que a sociedade que absorver parcela do patrimônio da cindida somente responde solidariamente pelas obrigações anteriores à cisão*" (fls. 520-521).

Observo que o Autor firmou contrato de representação comercial com as empresas Frahm Eletrônica Ltda. e Frahm Componentes da Amazônia S. A. (fls. 28-33 e 43).

Porém, de acordo com a 10ª alteração contratual, a empresa Frahm Eletrônica Ltda. incorporou outras empresas do ramo (cláusula primeira, item II-*b*, fl. 232) e deliberou-se que a mesma alteraria sua denominação social para NH Indústria e Comércio Ltda. (cláusula segunda, fl. 246).

Além disso, decidiram os sócios da NH Indústria e Comércio Ltda. que fariam a cisão parcial da empresa NH Administração e Participações Ltda. (cláusula sexta, fl. 249), absorvendo o acervo líquido da cindida ao capital social daquela empresa.

Posteriormente, por meio da 7ª alteração contratual, a empresa NH Administração e Participações Ltda. alterou sua denominação social para Frahm Participações Ltda. (cláusula primeira, fl. 326), atual razão social de Frahm Indústria e Comércio Ltda.

Dispõe o art. 233 da Lei n. 6.404/76:

"Art. 233. Na cisão com extinção da companhia cindida, as sociedades que absorverem parcelas do seu patrimônio responderão solidariamente pelas obrigações da companhia extinta. A companhia cindida que substituir e as que absorverem parcelas do seu patrimônio responderão solidariamente pelas obrigações da primeira anteriores à cisão.

Parágrafo único – O ato de cisão parcial poderá estipular que as sociedades que absorverem parcelas do patrimônio da companhia cindida serão responsáveis apenas pelas obrigações que lhes forem transferidas, sem solidariedade entre si ou com a companhia cindida, mas, nesse caso, qualquer credor anterior poderá se opor à estipulação, em relação ao seu crédito, desde que notifique a sociedade no prazo de 90 (noventa) dias a contar da data da publicação dos atos da cisão".

Inicialmente esclarece o doutrinador JOSÉ WALDECY LUCENA, *"na disposição supra, onde está companhia leia-se sempre sociedade"*, e mais, *"se a operação for de cisão parcial, a solidariedade instaura-se entre a sociedade subsistente e as beneficiárias de parcelas de seu patrimônio, naturalmente restritas às obrigações assumidas anteriormente à cisão"* (in Das sociedades limitadas. 6ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 670).

Como se vê, na forma do disposto no artigo supra mencionado, subsistindo a sociedade cindida, as empresas que absorveram parte do seu patrimônio respondem solidariamente pelas obrigações assumidas anteriormente à cisão.

Assim sendo, não obstante ter ocorrido a cisão parcial do patrimônio da Frahm Eletrônica Ltda. pela Frahm Participações Ltda., atual razão social de Frahm Indústria e Comércio Ltda., a hipótese de exclusão da solidariedade passiva entre a empresa cindida e as novas sociedades não se aplica à situação em comento.

Portanto, a empresa Frahm Participações Ltda., atual razão social de Frahm Indústria e Comércio Ltda., tem legitimidade para figurar no pólo passivo da presente demanda.

Da preliminar de cerceamento de defesa

Disse a Autora que a sentença seria nula ante o impedimento de produção de prova testemunhal, pois as provas realizadas nos autos não são suficientes para a solução do litígio, haja vista que *"através dela é possível verificar se de fato houve justa causa para rescisão do contrato de representação"* (fl. 882).

Já NH Indústria e Comércio Ltda., sucessora da Frahm Eletrônica Ltda., Frahm Componentes Amazônia Ltda. e Frahm Participações Ltda., atual razão social de Frahm Indústria e Comércio Ltda., sustentaram, preliminarmente, que seria nula a sentença por cerceamento de defesa, face a necessidade de realização de prova oral anteriormente deferida.

Ocorre que, quando da realização de audiência de conciliação, deferiu o magistrado a quo as provas requeridas pelas partes, especialmente a prova pericial (fl. 518).

Nesse mesmo ato, nomeou perito e determinou que as partes fossem intimadas para apresentar os quesitos, além do depósito da metade dos honorários do *expert*.

Além disso, esclareceu que *"a audiência de instrução e julgamento será realizada oportunamente, se for necessária"* (fl. 518).

Segundo dispõe o art. 330, I, do Código de Processo Civil, o juiz conhecerá diretamente do pedido, proferindo sentença, quando a questão de mérito for unicamente de direito, ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência.

Além do mais, em que pese caber à parte o ônus probante (art. 333 do CPC), é o juiz quem verifica a conveniência da produção de provas, selecionando quais as indispensáveis para a instrução e julgamento da lide.

A pretensão de provar se houve ou não a justa causa da rescisão do contrato de representação, exclusivamente por prova testemunhal/oral, apresenta-se inadmissível, uma vez que o mandamento peremptório do Código de Processo Civil inscrito em seu art. 401, preconiza que *“à prova exclusivamente testemunhal só se admite nos contratos cujo valor não exceda o décuplo do maior salário mínimo vigente no país, ao tempo em que foram celebrados”*.

E na espécie em exame não se apresentam nenhuma das exceções regradadas pelo art. 402 do mesmo Estatuto.

Nesse contexto, os elementos constantes nos autos restaram suficientes para o magistrado a quo formar o seu convencimento no sentido de pôr fim à demanda.

Devo ressaltar o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que *“o julgamento antecipado da lide (art. 330, I, do CPC) não implica cerceamento de defesa, se desnecessária a instrução probatória, porquanto o instituto conspira a favor do princípio da celeridade”* (REsp. n. 436232, rel. Min. Luiz Fux, j. em 10-3-2003).

Na lição de HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, *“A liberdade da parte situa-se no campo da propositura da demanda e na fixação do thema decidendum. No que diz respeito, porém, ao andamento do processo e à sua disciplina, amplos devem ser os poderes do juiz, para que se tornem efetivos os benefícios da brevidade processual, da igualdade das partes na demanda e da observância da regra de lealdade processual. O mesmo se passa com a instrução probatória. No que toca à determinação e produção das provas, toda liberdade deve ser outorgada ao juiz, a fim de que possa ele excluir o que se mostrar impertinente ou ocioso, e de seu ofício determinar que se recolham provas pelas partes não provocadas de qualquer natureza”*. (in Curso de Direito Processual Civil, vol. I, Editora Forense, 1998, p. 44).

A respeito, colho dos julgamentos desta Corte:

"Não configura cerceamento de defesa o julgamento antecipado da lide quando inexistente início de prova roborando a alegação do devedor, tornando-se, nesta hipótese, desnecessária a instrução processual". (Apelação Cível n. 2003.014777-2, de Itajaí, rel. Des. Gastaldi Buzzi, j. em 13-11-2003).

"Não prospera a alegação de cerceamento de defesa, quando dispensável a dilação probatória para a realização de perícia contábil em contrato, uma vez que a ilegalidade ou excessividade de encargos pactuados é matéria essencialmente de direito". (Apelação Cível n. 2002.006097-1 e n. 2000.024037-0, rel. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz, j. em 24-2-2005).

E, ainda:

"AGRAVO DE INSTRUMENTO – PERÍCIA – INDEFERIMENTO – PROVA DE NATUREZA ESPECIAL – DESNECESSIDADE – CERCEAMENTO DE DEFESA – INOCORRÊNCIA – RECURSO DESPROVIDO.

Como o destinatário natural da prova é o juiz, tem ele o poder de decidir acerca da conveniência e da oportunidade de sua produção, visando obstar a prática de atos inúteis ou protelatórios (art. 130 do CPC), desnecessários à solução da causa. Não há que se falar em cerceamento de defesa pelo indeferimento de prova pericial, dès que, a par de oportunizados outros meios de prova, aquela não se mostre imprescindível ao deslinde do litígio" (Agravo de Instrumento n. 2003.010696-0, j. rel. Des. Alcides Aguiar, j. em 3-6-2004).

"Inexiste cerceamento de defesa quando o juiz, considerando desnecessária a dilação probatória, julga antecipadamente a lide com base nos elementos até então coligidos, notadamente se as provas requeridas evidentemente não alterariam a solução adotada". (Apelação Cível n. 2005.020038-2, de Lages, rel. Des. Marcus Tulio Sartorato, j. em 27-1-2006).

Assim, sendo o juiz livre na forma de instruir o processo (art. 130 do CPC), tendo encontrado nos autos elementos suficientes para decidir a questão, sendo matéria unicamente de direito, não há cerceamento de defesa ante o julgamento antecipado da lide.

Portanto, afastos as preliminares suscitadas.

Da preliminar de julgamento *extra petita*

Alegaram NH Indústria e Comércio Ltda., sucessora da Frahm Eletrônica Ltda., Frahm Componentes Amazônia Ltda. e Frahm Participações Ltda., atual razão social de Frahm Indústria e Comércio Ltda., que a sentença seria nula por julgamento *extra petita*, vez que a Apelada não formulou pedido de condenação das empresas Apelantes ao pagamento de indenização por rescisão por justa causa.

Dispõe o art. 128 do Código de Processo Civil que compete ao julgador decidir “*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*”.

Comentando o referido dispositivo, NELSON NERY JUNIOR e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY acentuam:

“O autor fixa os limites da lide e da causa de pedir na petição inicial (CPC 128), cabendo ao juiz decidir de acordo com esse limite. É vedado ao magistrado proferir sentença acima (ultra), fora (extra) ou abaixo (citra e infra) do pedido. Caso o faça, a sentença estará eivada de vício, corrigível por meio de recurso. A sentença citra ou infra petita pode ser corrigida por meio de embargos de declaração, cabendo ao juiz suprir a omissão; a sentença ultra ou extra petita não pode ser corrigida por embargos de declaração mas só por apelação. Cumpre ao tribunal, ao julgar o recurso, reduzi-las aos limites do pedido.” (in Código de processo civil comentado e legislação extravagante, 7. ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 779).

Porém, observo da exordial que a Autora pretendia, com a presente demanda, a procedência do seu pedido “*para efeito de arbitrar as indenizações pelos danos materiais, à imagem e morais, em valor total igual a 3 (três) vezes o valor da indenização arbitrada pela rescisão sem justa causa do contrato de representação, nela incluída as diferenças de comissões songadas ou reduzidas ilegalmente, por força de coação que vicia qualquer concordância tácita ou escrita porventura obtida da Autora pelas rés, além da perda do fundo de comércio construído ao longo de 16 anos*” (fl. 23).

De fato, cumpre ao magistrado julgar a lide dentro do que fora requerido pela Autora e, no vertente, o fez de acordo com o limite proposto por ela, pelo que afastou a preliminar nulidade da sentença por julgamento *extra petita*.

Da preliminar de omissão

As Apelantes – NH Indústria e Comércio Ltda., sucessora da Frahm Eletrônica Ltda., Frahm Componentes Amazônia Ltda. e Frahm Participações Ltda., atual razão social de Frahm Indústria e Comércio Ltda. – alegaram que haveria omissão na sentença face a ausência de apreciação e pronunciamento sobre o documento colacionado à fl. 36 pela Apelada, que ensejou também a interposição de embargos de declaração, por duas vezes.

Ocorre que, na decisão de fls. 864, quando do julgamento dos primeiros embargos de declaração opostos pelas partes ora Apelantes, fundamentou o magistrado de 1º grau que, "*Tocante ao documento de fl. 36, resta esclarecer que a indenização tomou por base toda a contratualidade, por isso que abrangido o período a que se refere tal documento*".

E, confirmando esta decisão, o magistrado *a quo* assentou que o inconformismo "*não se enquadra em nenhuma das hipóteses previstas na legislação processual civil...*" (fl. 909).

Como se vê, na verdade, a análise ou não do documento de fls. 36 restringe-se ao juízo de convencimento do magistrado, de acordo com o revelado pelo art. 131 do Código de Processo Civil, não se podendo, assim, concluir, como fazem crer as Apelantes, que, por não apreciar seus argumentos quanto ao conteúdo e os efeitos decorrentes daquele documento, a sentença seria nula.

Pelo que, inacolho a preliminar.

Da ausência de alegações finais

Disseram as empresas NH Indústria e Comércio Ltda., sucessora da Frahm Eletrônica Ltda., e Frahm Componentes Amazônia Ltda., que a sentença seria nula ante a falta de alegações finais.

Segundo aventou o Exmo. Sr. Des. TRINDADE DOS SANTOS, face o julgamento da Apelação Cível n. 2005.043040-4, de São Bento do Sul, *"Ainda que a produção de alegações finais seja um direito processual das partes litigantes, a declaração de nulidade decorrente da falta de abertura de prazo para tanto vincula-se à constatação da existência de prejuízos para a parte que a invoca. Ausente esse prejuízo, não há razão prática para se reputarem nulos os atos processuais tão somente em decorrência da inobservância de forma sem qualquer repercussão no deslinde do feito"* (j em 08.03.2007).

Sobre o mesmo tema, posicionou-se o Superior Tribunal de Justiça:

“[...] 3. Não se verificando empeco ou prejuízo à defesa da ré, e observados os quesitos processuais aplicáveis, inexistente ofensa ao art. 454, § 3º, do CPC, uma vez que da simples falta de oportunidade para a apresentação de alegações finais, pela inobservância de audiência de instrução e julgamento, não decorre qualquer nulidade.

4. Intimado o recorrente quanto à conclusão dos autos para sentença – sem a realização de audiência de instrução e julgamento, e, portanto, sem oferta de alegações finais —, e quedando-se o mesmo inerte, tem-se como precluso o direito de manifestação sobre as provas periciais, descaracterizado o apontado cerceamento de defesa” (REsp. n. 419.592/PR, rel. Min. JOSÉ DELGADO, j. em 17-9-2002, DJ 7-10-2002 p. 196).

No em exame, a simples falta de oferecimento de alegações finais não implicou em restrição do direito de defesa das Apelantes, pois, em virtude dos efeitos dos recursos de apelação interpostos, as recorrentes tiveram a oportunidade de se manifestarem sobre todas as matérias não preclusas.

Destarte, ausentes prejuízos às Apelantes, não acolho a preliminar levantada.

Da preliminar de intempestividade da contestação

A Autora apelou alegando, em preliminar, que a contestação das empresas Apeladas seria intempestiva.

Observo dos autos que, o prazo para contestar a demanda, iniciou-se em 22-11-1995, ou seja, da data da juntada ao processado do mandado de citação devidamente cumprido (fls. 116-121).

Ocorre que os Demandados peticionaram requerendo a concessão de prazo em dobro, nos termos do art. 191 do CPC, sendo deferido pelo magistrado *a quo* tal pretensão. Assim, o prazo para contestar a presente demanda encerraria-se em 22-12-1995 (sexta-feira).

Porém, em 20-12-1995, os Demandados opuseram exceção de incompetência, sendo determinado pelo magistrado de 1º grau a suspensão do processo principal até o julgamento do referido incidente, nos termos das disposições dos arts. 265, III, e 306 do Código de Processo Civil.

Ademais, esclarecem NELSON NERY JUNIOR e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY que, *"A simples oposição da exceção é causa de suspensão do processo. Basta, portanto, que seja protocolizada ou despachada pelo juiz para que se considere suspenso o processo. Não há necessidade de decisão expressa do juiz recebendo a exceção para que o processo seja suspenso"* (in Código de processo civil comentado e legislação extravagante. 9ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 504).

E, suspenso o curso do processo, o prazo para oferecimento da peça contestatória somente se reinicia após a intimação do advogado do excipiente da decisão que acolheu a exceção de incompetência, que, no caso concreto, ocorreu em 12-2-1996 (fls. 51, da exceção).

No em exame, o prazo para contestar reiniciou-se em 13-2-1996 e terminou em 14-2-1996, sendo que as contestações foram protocoladas

em 21-12-1995 e 14-2-1996 (fls. 140 e 387), portanto, devem ser consideradas tempestivas.

A respeito, colho da jurisprudência desta Corte:

"BUSCA E APREENSÃO — Pacto com reserva de domínio — Declinatória fori — Suspensão do prazo contestatório — Exceção acolhida — Remessa dos autos ao foro do domicílio da devedora — Ausência de intimação desta — Revelia não caracterizada — Sentença de procedência — Desconstituição — Apelo, para tanto, provido.

Em ação de busca e apreensão respaldada em ajuste de compra e venda com reserva de domínio, o ajuizamento, pela devedora, de exceção declinatória fori suspende a fluência do prazo contestatório. Acolhida a exceção, com a remessa dos autos ao foro do domicílio da demandada, o reinício do prazo de defesa condiciona-se à ciência inequívoca da excipiente acerca da aceitação da competência, implícita ou explícita, do juízo declinado" (Apelação Cível n. 2002.006828-0, da Capital, relator Des. Trindade dos Santos, j. em 13-6-2002).

Pelo que afasto a preliminar de intempestividade das contestações.

Da extinção da cláusula "*del credere*"

Pugnou a Autora *"que repare o equívoco da sentença e declare inválida a cláusula de diminuição de comissões, mantendo o pagamento das bases de 7%, conforme pactuado validamente e corroborado pelo próprio laudo do perito do juízo, que tornou a diferença de comissões líquidas"* (fl. 893).

Requeru, por fim, fosse declarada nula a cláusula "del credere", que reduziu o percentual das comissões de 7% para o máximo de 5% e o mínimo de 4%.

Inicialmente votei no sentido de acolher a pretensão da Autora, nesse ponto, reconhecendo como ilegal a inclusão da cláusula *del credere* no contrato de representação comercial em exame.

Porém, após os votos-vista dos Exmos. Srs. Des. Marco Aurélio Gastaldi Buzzi e Desa. Rejane Andersen, revi meu posicionamento pois resta evidente que o contrato rege-se pela lei do tempo em que é assinado, ou seja, se na época da celebração do contrato a cláusula *del credere* era permitida (Lei n. 4.886/1965), a nova lei não poderia alterá-la (Lei n. 8.420/1992), sob pena de ofensa ao ato jurídico perfeito.

Sob esse mesmo entendimento, fundamentou o magistrado de 1º grau que:

"Tocante a diminuição da percentagem das comissões, não me parece tenha sido feita de forma arbitrária e coativa, razão pela qual o argumento não procede.

É certo que, quando da celebração do primeiro contrato de representação (1978), ficou estabelecido que seria pago à representante o percentual de 7% a título de comissão sobre as vendas efetuadas, sendo pactuada, na mesma oportunidade, a existência da cláusula 'del credere', através da qual o representante poderia ser responsabilizado pelo risco de descumprimento do contrato pelo comprador.

Já em 1986, propuseram as representadas a extinção da cláusula 'del credere', assumindo, assim, os riscos por eventual inadimplemento do comprador.

Desta feita, com a extinção da cláusula 'del credere', o percentual das comissões foi reduzido de 7% para o máximo de 5% e o mínimo de 4%.

Ora, passando a representada a assumir os riscos por eventual descumprimento do comprador, nada mais justo que a redução do percentual das comissões, que, diga-se de passagem, foram reduzidas em percentual condizente com o risco assumido, já que a diferença é de apenas 2%.

Assim, não vejo qualquer irregularidade com relação a primeira redução havida no percentual das comissões pagas.

Ademais houve consenso de ambas as partes na oportunidade da alteração, tanto que ocorrida há mais de dez anos sem que durante esse período tenha havido qualquer insurgência.

Relativamente à redução ocorrida quando da celebração do segundo contrato de representação, firmado entre as partes, é certo que não poderia ser novamente inserida a cláusulas 'del credere', uma vez que com edição Lei n. 8.420/1992, que alterou a Lei n. 4.886/65, ficou expressamente proibida a responsabilização do representante pelos riscos advindos do descumprimento do contrato pelo comprador (art. 43).

Por outro lado, diante da recessão econômica e da vulnerabilidade no ano de 1992, quando foi celebrado o segundo contrato, e considerando a maior autonomia concedida à requerida, que inclusive poderia conceder descontos e nomear preposto para intermediar as vendas (doc. f. 37) foi novamente alterada a percentagem das comissões percebidas, as quais poderiam variar entre 5% e 2%, de acordo com a eficiência de preços praticados pela representante.

Assim, se a representante não concedesse qualquer desconto, praticando o preço estabelecido pela representada, a comissão seria de 5%. Já se o preço praticado correspondesse, por exemplo, a apenas 85% daquele estabelecido pela representada, a comissão seria de 2%.

Da mesma forma, não vislumbro qualquer prejuízo à representante, já que através da autonomia que lhe foi concedida, poderia conceder descontos, tornando possível o aumento das vendas – e, por consequência, o volume de comissões –, vez que de outra maneira tal não lhe seria possível, ante o grave quadro de recessão enfrentado naquela oportunidade" (fls. 847-848).

No que diz respeito à cláusula *del credere*, vale destacar que a Lei n. 8.420/1992, acrescentou à Lei n. 4.886/1965, o art. 43, o qual veda que no contrato de representação comercial seja incluída a referida cláusula.

Todavia, a lei nova não pode retroagir para alcançar declarações de vontade manifestadas antes de sua vigência.

Desse modo, ao pacto existente antes da Lei n. 8.420/1992 aplica-se o princípio *tempus regit actum*, de modo que não há previsão de nulidade para eventual cláusula *del credere*.

Outrossim, registro que o contrato de representação firmado pelas partes previa expressamente, na cláusula décima segunda, a exclusão da remuneração do representante no caso de inadimplência do comprador das mercadorias, vejamos:

"A comissão será creditada quinzenalmente na conta corrente da REPRESENTANTE, e a REPRESENTADA manterá a mencionada conta aberta relativamente ao movimento das comissões creditadas, obrigando-se a pagar até o sétimo dia útil após o encerramento da quinzena imediatamente anterior.

Parágrafo primeiro – **As comissões somente serão devidas à REPRESENTANTE**, mediante crédito na forma prevista nesta cláusula, **após a efetiva liquidação das faturas pelo cliente.**

Parágrafo segundo – **Caso tenha havido antecipação da comissão, esta poderá ser debitada na conta da REPRESENTANTE em caso de não ter o cliente liquidado a fatura**, em valor correspondente ao crédito, acrescido de correção monetária com base na variação do IGP-M divulgado pela Fundação Getúlio Vargas relativamente ao mês em curso, ou outro índice que venha substituí-lo" (fl. 31, grifei).

RUBENS REQUIÃO leciona que, "(...) *O del credere, todavia, concedido antes da vigência da Lei n. 8.420/92, será válido, enquanto em vigor o texto original do contrato de representação comercial. 'Assinado o contrato sob o regime legal que autorizava a cláusula del credere e indicava um piso para pagamento da indenização, não pode a lei posterior alcançá-lo para afastar a referida cláusula e impor um piso maior, sob pena de violação ao princípio tempus regit actum'. É a ementa do acórdão do Recurso Especial n. 242.324-São Paulo, registro 1999/114983-5 (10.299) Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, publicado no Diário da Justiça da União em 05.03.2001. Se, entretanto, o contrato, anterior a maio de 1992, for alterado de algum modo após a publicação da Lei n. 8.420/92, ele terá de se submeter ao comando do art. 43, revogando a cláusula del credere. [...]*" (in Do Representante Comercial, 9. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 293).

Assim, nego provimento ao recurso da Autora no ponto.

Da homologação do laudo

Sustentou a empresa Autora que o laudo pericial deveria ter sido homologado e tornada líquida a quantia devida à Autora referente as diferenças de comissões, acrescida de correção monetária pelo IGP-DI, de acordo com a Súmula 43 do STJ.

Ocorre que, como bem fundamentou o magistrado de 1º grau, *"embora o laudo elaborado pelo Sr. Perito Judicial seja hábil para demonstrar o volume de vendas praticadas pela representante, já que neste ponto específico em nada diverge com o laudo apresentado pela assistente técnica, não me parece que os cálculos nele inseridos estejam corretos"* (fl. 848).

E complementa, *"é certo que a correção dos valores deve obedecer a norma legal aplicável à espécie, devendo serem observados, ainda, os índices que sucederam aquele indexador e os que o antecederam, o que foi feito pela assistente técnica, todavia, não foi observado pelo Perito Judicial, que corrigiu, na totalidade, os valores pelo IGP-DI"*, índice este que não é recomendado e considerado oficial por este Egrégio Tribunal de Justiça.

Como se vê, pelas razões expostas, o laudo pericial serviu apenas para possibilitar a análise das vendas praticadas pelo Representante, com as suas devidas comissões, não se podendo utilizar dos valores apontados como hábeis para serem homologados.

Além do mais, *"o juiz não está adstrito ao laudo pericial, podendo formar a sua convicção com outros elementos ou fatos provados nos autos"* (CPC, art. 436).

Portanto, inacolho a pretensão da Autora.

Da rescisão do contrato por justa causa

Disseram as Representadas que seria inadmissível a imposição de qualquer responsabilidade às Apelantes, vez que a rescisão contratual se

deu por justa causa, fundamentada na desídia da Apelada, motivo pelo qual deve ser reformada a sentença.

Inicialmente esclareceu a Autora que, por meio do documento de fl. 42, recebeu das empresas Representadas comunicado que o contrato de representação estaria rescindido, a partir daquela data, por "*desídia no desempenho da principal atividade contratualmente estabelecida, ..., e outrossim a falta completa das obrigações inerentes ao contrato de representação comercial [...], com ofensas às cláusulas segunda, sétima e oitava*", e pugnou pela condenação das mesmas ao pagamento de indenização.

As Representadas defendem-se sustentando que a Representante deu causa à rescisão do contrato, face a diminuição nas vendas dos produtos por ela representada.

Tocante à rescisão do contrato de representação comercial, preceitua a Lei n.º 4.886/65, *in verbis*:

"Art. 34. A denúncia, por qualquer das partes, sem causa justificada, do contrato de representação, ajustado por tempo indeterminado e que haja vigorado por mais de seis meses, obriga o denunciante, salvo outra garantia prevista no contrato, à concessão de pré-aviso, com antecedência mínima de trinta dias, ou ao pagamento de importância igual a um terço (1/3) das comissões auferidas pelo representante, nos três meses anteriores.

Art. 35. Constituem motivos justos para rescisão do contrato de representação comercial, pelo representado:

- a) a desídia do representante no cumprimento das obrigações decorrentes do contrato;
- b) a prática de atos que importem em descrédito comercial do representado;
- c) a falta de cumprimento de quaisquer obrigações inerentes ao contrato de representação comercial;
- d) a condenação definitiva por crime considerado infamante;
- e) força maior.

Art. 36. Constituem motivos justos para rescisão do contrato de representação comercial, pelo representante:

- a) redução de esfera de atividade do representante em desacôrdo com as cláusulas do contrato;
- b) a quebra, direta ou indireta, da exclusividade, se prevista no contrato;
- c) a fixação abusiva de preços em relação à zona do representante, com o exclusivo escopo de impossibilitar-lhe ação regular;
- d) o não-pagamento de sua retribuição na época devida;
- e) força maior."

Analisando o laudo pericial judicial e o laudo apresentado pela assistente técnica, observo que não houve evidentemente um decréscimo significativo nas vendas pela Representante a ensejar justa causa para rescindir o contrato de representação comercial.

As planilhas que acompanham os laudos demonstram que efetivamente houve uma redução das comissões recebidas pela Representante, mas o valor médio das vendas permaneceu no mesmo patamar durante toda a contratualidade.

Ademais, como bem fundamentou o magistrado *a quo*, "*embora tenha havido uma pequena diminuição das vendas no final do contrato, é certo que a mesma não justificaria a rescisão, porquanto, em outros períodos, houve o mesmo volume de vendas, sem que as requeridas apresentassem qualquer insatisfação*" (fl. 844).

E mais, "*não pode ser apontado como único fator para a queda nas vendas da representante, a sua desídia, mormente em tempos de recessão econômica, como aquele vivido durante a contratualidade havida entre as partes e, em especial, durante o período em que as requeridas alegam tal diminuição, ou seja, durante o ano de 1992*".

Sob tais circunstâncias, é devida a indenização decorrente da rescisão unilateral de contrato de representação comercial, acarretando às Representadas o pagamento de indenização, conforme definido pela sentença de 1º grau, nos termos do art. 27, alínea *j*, da Lei n. 4.886/1965, com redação dada pela Lei n. 8.420/1992.

Sobre o tema, colaciono precedente do STJ:

"REPRESENTAÇÃO COMERCIAL – RESCISÃO UNILATERAL DO CONTRATO POR PRAZO INDETERMINADO – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – PRESCRIÇÃO – ART. 27, *J*, DA LEI N. 4.886/65.

A indenização devida ao representante comercial, em decorrência da rescisão unilateral do contrato por parte do representado, deve obedecer às disposições do artigo 27, alínea “j”, da Lei nº 4.886/65, alterado pela Lei n. 8.420/92, que prevê como base de cálculo o total da retribuição auferida durante o tempo em que foi exercida a representação, e não apenas as parcelas referentes aos últimos cinco anos, haja vista que o prazo descrito no parágrafo único do artigo 44 daquele diploma legal refere-se ao exercício do direito de ação, e não ao próprio direito indenizatório vindicado. Recurso especial não conhecido" (REsp. n. 434.885/AM, Ministro CASTRO FILHO, j. em 16-9-2004, DJ 4-4-2005 p. 298).

A respeito, colho da jurisprudência desta Corte:

"APELAÇÕES CÍVEIS – AÇÃO DE RESCISÃO DE CONTRATO DE REPRESENTAÇÃO COMERCIAL, CUMULADA COM PEDIDO DE COBRANÇA DE COMISSÕES INADIMPLIDAS E DEMAIS VERBAS INDENIZATÓRIAS – SENTENÇA ACOlhENDO PARCIALMENTE O PEDIDO – INSURGÊNCIA DE AMBAS AS PARTES E AGRAVO RETIDO.

[...]

APELO DA ACIONADA – NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO NO TOCANTE À PRELIMINAR DE PRESCRIÇÃO – AUSÊNCIA DE DIALETICIDADE – RAZÕES DE INSURGÊNCIA QUE NÃO ATACAM OS ARGUMENTOS LANÇADOS NO DECISUM, FUNDADOS NA INAPLICABI-

LIDADE, AO CASO, DO PRAZO QÜINQUËNAL PREVISTO NO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 44 DA LEI N. 4.886/65, COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI N. 8.420/92, PORQUANTO INEXISTENTE TAL COMANDO NORMATIVO À ÉPOCA DOS FATOS DISCUTIDOS NA LIDE – MÉRITO – REJEIÇÃO DO PLEITO VISANDO A REFORMA DA SENTENÇA NO PONTO EM QUE RECONHECEU A VIGÊNCIA DO AJUSTE POR PRAZO INDETERMINADO – VÍNCULO OBRIGACIONAL MATERIALIZADO POR CINCO SUCESSIVAS E CONTÍNUAS RENOVAÇÕES DO CONTRATO DE REPRESENTAÇÃO COMERCIAL – CIRCUNSTÂNCIA QUE DESCONSTITUI A EFICÁCIA DO TERMO FINAL DETERMINADO NA AVENÇA, TORNANDO DEVIDAS AS VERBAS INDENIZATÓRIAS PERTINENTES À RESOLUÇÃO INJUSTIFICADA DA PACTUAÇÃO, COMO MEIO DE PROTEÇÃO AO OFÍCIO DO REPRESENTANTE COMERCIAL – PRECEDENTES DA CORTE – RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E DESPROVIDO.

APELO DA AUTORA – 1. POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO DA INDENIZAÇÃO EQUIVALENTE A 1/20 AVOS DO TOTAL DAS COMISSÕES AUFERIDAS PELA REPRESENTANTE COMERCIAL (ART. 27, J, NA REDAÇÃO ORIGINAL DA LEI N. 4.886/65) COM AS VERBAS DO AVISO PRÉVIO, DEVIDO EM VIRTUDE DA EXTINÇÃO DO CONTRATO, POR FATO IMPUTÁVEL À REPRESENTADA (ART. 34 DA LEI N. 4.886/65) – INSURGÊNCIA ACOLHIDA NO PONTO – [...]” (Apelação Cível n. 2004.028548-0, de Rio do Sul, Relator Des. Marco Aurélio Gastaldi Buzzi, j. em 14-9-2006)

”COBRANÇA — CONTRATO DE REPRESENTAÇÃO COMERCIAL — ALEGAÇÃO DA APELANTE REPRESENTADA DE EXISTÊNCIA DE TRANSAÇÃO ACERCA DA RESCISÃO E DESTA TER OCORRIDO POR INICIATIVA IMOTIVADA DA AUTORA REPRESENTANTE — ÔNUS QUE CABIA À REQUERIDA — ART. 333, II DO CPC — DEVER DE INDENIZAR DA REPRESENTADA — INTELIGÊNCIA DO ART. 27, JE ART. 34, AMBOS DA LEI 4.886/65 ATUALIZADA PELA LEI N. 8.420/92 — SENTENÇA MANTIDA — RECURSO IMPROVIDO.

[...]

— A rescisão unilateral de contrato de representação comercial acarreta ao representado o pagamento de 1/12 do total da retribuição auferida durante o tempo em que exerceu a representação, bem como o pagamento do aviso prévio previsto no art. 34 da Lei n. 4.886/65." (Apelação Cível n. 2002.023415-5, de Criciúma, rel. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz, j. em 25-2-2005).

"Apelação cível. Representação comercial. Redução unilateral da comissão. Ilegalidade. Causa de rescisão, por motivo justo, do contrato: art. 36, alínea *d* da Lei n. 4.886, de 9-12-1965. Aceite tácito inexistente [...] Argumentos inconsistentes. Sentença mantida.

A comissão pactuada a título de representação comercial não poderá ser unilateralmente reduzida pelo representado" (Apelação Cível n. 2001.009720-6, de Blumenau, relator Juiz Jânio Machado, em 20-4-2006)

Por oportuno, convém acostar decisão proferida pelo Tribunal do Estado de Minas Gerais:

"AÇÃO DE COBRANÇA CUMULADA COM PEDIDO DE INDENIZAÇÃO — REPRESENTANTE COMERCIAL — REDUÇÃO UNILATERAL DO PERCENTUAL DAS COMISSÕES — IMPOSSIBILIDADE — RESCISÃO DO CONTRATO — AUSÊNCIA DE CAUSA JUSTIFICADA — INDENIZAÇÃO DEVIDA.

I — A redução unilateral do percentual de comissões do representante comercial é ilegal, já que contrária ao art. 31, §7º, da Lei n. 4.886/65, e dá ensejo à rescisão motivada do contrato, bem como à cobrança dos prejuízos daí advindos.

II — Não tendo sido demonstrados os justos motivos para a rescisão do contrato, não se admite que sejam prejudicados os direitos do representante comercial, sendo-lhe devida a indenização pela rescisão do contrato, nos termos do art. 27, alínea *j*, da Lei n. 4.886, de 9-12-65, acrescido da Lei n. 8.420, de 08-05-92" (Apelação Cível n. 363.913-8/2.0000.00.363913-8/000(1), da comarca de Pará de Minas, Primeira Câmara Civil do Tribunal de Alçada, Relator Juiz Osmando Almeida, j. em 13-8-2002).

Com efeito, rompida as relações jurídicas existentes entre as partes, pela rescisão do contrato de representação comercial, estando a versão sustentada pela Autora corroborada por provas documentais, contendo o processo prova suficiente e convincente de que ocorrera sem justa causa, a motivar a rescisão, devida é a verba indenizatória, nos moldes descritos na r. sentença.

Argüíram também que a condenação das mesmas ao pagamento de 1/20 sobre o total das comissões não poderia se estender ao contrato firmado entre partes, no período de 1978 a 1992, pois a Apelada consentiu com a rescisão daquele contrato, sendo indevido qualquer valor.

Ocorre que o segundo contrato de representação comercial, celebrado entre as partes em 13-4-1994, é de ser considerado ato contínuo ao primeiro, formalizado em meados do ano de 1978.

Isso porque, quando da comunicação da rescisão contratual, informaram as Representadas que o pagamento dos valores referentes àquela rescisão era traçado no período de 1978 a 1991, e 1991 a 1994 (fl. 44).

Portanto, considera-se cabível, também, a fixação de indenização para o período referente ao primeiro contrato de representação celebrado entre as partes.

Dos honorários advocatícios

Disse a Apelante, Frahm Indústria e Comércio Ltda., que a sentença seria nula vez que deixou de estabelecer adequadamente os honorários advocatícios, apesar da oposição de dois embargos declaratórios.

No entanto, a sentença é clara quanto à condenação das partes no pagamento dos ônus sucumbenciais:

"Na forma do art. 21, do Código de Processo Civil, condeno cada uma das partes a pagarem honorários advocatícios de 10% (dez por cento) sobre a parte em que decaíram, impondo-se ressaltar que,

por força do disposto no art. 23, da Lei n. 8.906/94, fica excluída a possibilidade de compensação.

Custas legais pelas partes, na proporção da sucumbência recíproca" (fl. 850).

Pelo que, inacolho a pretensão acima referida.

Frente ao exposto, conheço de ambos os recursos e nego-lhes provimento.

DECISÃO

Nos termos do voto do relator, decidiu a Câmara, à unanimidade, conhecer de ambos os recursos e negar-lhes provimento.

O julgamento, realizado no dia 4 de junho de 2009, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Gastaldi Buzzzi, com voto, e dele participou a Exma. Sra. Desa. Rejane Andersen.

Florianópolis, 8 de junho de 2009.

Paulo Roberto Camargo Costa
RELATOR

Apelação Cível n. 2006.003298-8, de Itajaí

Relator: Juiz Paulo Roberto Camargo Costa

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA – VALOR RELATIVO À SOBREESTADIA DE CONTÊINER – PRELIMINAR DE AUSÊNCIA DE DOCUMENTOS NECESSÁRIOS À INSTRUIR A INICIAL – CONTRATOS DE TRANSPORTE MARÍTIMO E SUAS TRADUÇÕES DEVIDAMENTE JUNTADAS QUANDO DA PROPOSITURA DA AÇÃO – PREJUDICIAL AFASTADA.

Apresentando-se os contratos de transporte marítimo, com as devidas traduções redigidas por tradutor juramentado, não há o que se falar em afronta ao art. 157 do CPC.

AÇÃO DE COBRANÇA – VALOR RELATIVO À SOBREESTADIA DE CONTÊINER – *DEMURRAGE* – RELAÇÃO COMERCIAL DEVIDAMENTE DEMONSTRADA – ENTREGA DAS CARGAS E PERÍODO DE UTILIZAÇÃO DOS CONTÊINERS INCONTROVERSO – TABELA DE VALORES A TÍTULO DE SOBREESTADIA EXPRESSAMENTE PACTUADA ENTRE AS LITIGANTES – RECURSO DESPROVIDO.

"[...] conforme entendimento sedimentado na jurisprudência, figurando a apelante no conhecimento de transporte marítimo como consignatária da carga, o atraso na restituição dos contêiners, caracterizando a sobreestadia ou 'demurrage', implica em admitir a sua responsabilidade patrimonial" (Apelação Cível n. 2003.013879-0, de São Francisco do Sul, rel. Des. Marli Mosimann Vargas).

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – PRETENSÃO DE MINORAÇÃO – VERBA FIXADA EM MONTANTE ADEQUADO DIANTE DA COMPLEXIDADE DA MATÉRIA E DA DEMANDA – RECURSO DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2006.003298-8, da comarca de Itajaí (2ª Vara Cível), em que é apelante GDC Alimentos S/A, e apelada Companhia Sud Americana de Vapores S/A:

ACORDAM, em Terceira Câmara de Direito Comercial, à unanimidade, conhecer do recurso e negar-lhe provimento. Custas legais.

RELATÓRIO

Perante o juízo da 2ª Vara Cível da comarca de Itajaí, Companhia Sud Americana de Vapores S/A ajuizou ação de cobrança contra GDC Alimentos S/A alegando ter efetuado o transporte marítimo de cargas destinadas à Requerida, conforme se observa nos contratos de n. QKA001559 e GKA001728, devidamente juntados nos autos.

Disse que as cargas da Demandada ficaram acondicionadas nos contêiners GESU905.139-0, CRLU116.493-0, CRLU516.814-8 e CRLU780.307-3, sendo que, *"conforme previamente acordado entre as partes, após a descarga, dispunha a ré de um período de franquia (free time) para a utilização dos containers e sua devolução à autora"* e, após o decurso de tal período, a Requerida pagaria a Autora um valor diário, *"denominado de sobreestadia (demurrage) de containers"*.

Asseverou que a Demandada reteve os contêiners por prazo superior ao gratuito (*free time*) e, portanto, deve a quantia de US\$ 8.400,00 (oito mil e quatrocentos dólares) à Requerente. Para a amortização de tal dívida a Autora emitiu notas de débito, que encaminhadas à Requerida, no entanto não sendo por ela adimplidas.

Ao final, postulou pela condenação da Demandada ao pagamento em moeda nacional da importância correspondente a US\$ 8.400,00 (oito mil e quatrocentos dólares).

A Requerida apresentou contestação arguindo, preliminarmente, a extinção da ação, por não terem os contratos de transporte de cargas sido traduzidos por tradutor juramentado. No mérito, sustentou o desequilíbrio contratual da relação em comento, pois não houve ajuste prévio acerca dos períodos livres e valores relativos à sobreestadia. Pugnou pela minoração do valor cobrado relativo à utilização do contêiner, vez que "*não existe nos autos qualquer documento que faça menção exata ao valor da diária considerando o tipo de containers utilizado*".

Réplica às fls. 153-177.

Por sentença, o MM Juiz de Direito julgou procedente o pedido da inicial para determinar à Demandada o pagamento da importância de US\$ 8.400,00 (oito mil e quatrocentos dólares) à Autora, convertida em moeda brasileira, nas datas dos vencimentos das cobranças da *demurrage*, acrescida de correção monetária e juros legais de 1%. Condenou a Requerida ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em 15% sobre o valor obtido pela conversão acima referida.

Irresignada, a Requerida apelou arguindo, preliminarmente, a instrução insatisfatória da inicial. Quanto ao mérito, reiterou os argumentos expostos na contestação. Postulou, por fim, pela minoração dos honorários advocatícios.

Foram apresentadas contra-razões.

Após, os autos ascenderam a esta Corte.

É o relatório.

VOTO

Porque presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Da preliminar de instrução insatisfatória da inicial

Pretende a Apelante a extinção da inicial sob o fundamento de não ter sido acompanhada de documento indispensável, qual seja, o contrato de transporte de cargas, devidamente traduzido por tradutor juramentado. Ressaltou, ainda, que a posterior juntada do mencionado, quando do oferecimento da réplica, não poderia ter sido aceita pelo magistrado *a quo*.

Confiro às fls. 13-16 a juntada dos contratos de transporte de cargas celebrados entre as litigantes, bem como às fls. 18-62 as devidas traduções dos anversos dos mútuos, de onde se extrai os termos e condições do negócio pactuado.

Dessa forma, não há afronta ao art. 157 do CPC, eis que devidamente apresentada a tradução do contrato, que redigida por tradutor juramentado.

No tocante aos documentos trazidos ao feito junto à apresentação da réplica, confiro que dizem respeito tão somente à primeira parte do contrato, que trata das partes pactuantes – não havendo o que traduzir nesse ponto – bem como do produto a ser transportado.

Mesmo não tivessem sido juntados referidos documentos aos autos, tal falta não ensejaria a impossibilidade de conhecimento da inicial, eis o julgamento do mérito estava possibilitado diante dos demais documentos carreados.

Inclusive, no tocante ao recebimento do restante da tradução relativa ao contrato de transporte, observo que o Togado não fundamentou sua decisão nesses documentos, eis que anotou "*Os bills of landing reputados como faltantes e essenciais pela demandada foram devidamente acostados pela demandante às fls. 13/16v, **ratificado** às fls. 178/181, inclusive com as respectivas traduções em língua portuguesa*" (fl. 221, grifei).

Portanto, afasto a prejudicial suscitada.

Do mérito

Insurge-se a Apelante alegando não haver prova nos autos acerca da responsabilidade quanto ao pagamento de sobreestadia de contêiners. Enfatizou não terem as partes previamente pactuado sobre os valores a serem cobrados a título de *demurrage*. Postulou, por fim, pela minoração do valor cobrado na inicial.

Analisando-se os contratos de transporte marítimo de n. QKA001559 e GKA001728, denominados de *bill of landing*, devidamente traduzidos, conjuntamente com os "termos de responsabilidade sobre devolução de contêiner(s) retirado(s)" denota-se a relação negocial celebrada entre as litigantes, constando a Apelante como consignatária da carga, pelo que ficou acertado o transporte de quatro contêiners (GESU 905.139-0, CRLU 116.493-0, CRLU 516.814-8 e CRLU 780.307-3), que sairiam do porto de Bangkok e seriam entregues no porto de Itajaí.

É indiscutível nos autos a efetiva entrega das cargas nas datas 23.03.2004 e 11.05.2004 e a devolução dos contêiners da Apelada em 12.04.2004 e 1º.06.2004 (fls. 64 e 68).

A partir dessas datas a transportadora, ora Apelada, concedeu à Recorrente prazo de 04 dias úteis para que fossem liberados os contêiners, sem que taxa alguma fosse cobrada. Observo que a quantidade de dias era determinada de acordo com o tipo de contêiner utilizado que, no caso em comento, consistia no "High Reefer 40" – RE40 (fls. 64-65).

Esse período em que não incide taxa é denominado de *free time*, o qual, segundo expressa previsão no "termo de responsabilidade sobre devolução de contêiner(s) retirado(s)", iniciava no dia subsequente à atracação do navio (fl. 65). Expirado o *free time* e não sendo restituídos os contêiners à transportadora, dava-se início à sobreestadia ou *demurrage*.

Assim, recebidas as cargas em 23.03.2004 (sexta-feira) e 11.05.2004 (terça-feira), conclui-se que o *free time* expirou, respectivamente, em 28.03.2004 e 17.05.2004, sendo que a partir dessas datas, até a efetiva liberação dos contêineres, incidiam as taxas a título de sobreestadia, a qual também era determinada de acordo com o tipo do contêiner empregado, que no caso (RE40) era de US\$ 140,00 (cento e quarenta dólares americanos), a partir do 5º dia até o 30º dia.

Nesse passo, conforme se extrai das notas de débito/cobrança de sobreestadia de contêiner anexadas às fls. 81-84, relativamente aos contêineres GESU9051390 e CRLU1164930, o período de cobrança deu-se entre 29.03.2004 e 12.04.2004, e no tocante aos contêineres CRLU5168148 e CRLU7803073, entre 18.05.2004 a 1º.06.2004.

Multiplicados os 60 dias de sobreestadia (quinze dias por contêiner) ao valor anteriormente mencionado (US\$ 140,00) atinge-se o valor cobrado na inicial, US\$ 8.400,00 (ito mil e quatrocentos dólares americanos).

Dessa forma, demonstrada nos autos a relação comercial havida entre as partes, bem como a congruência do valor cobrado à título de sobreestadia, o apelo não merece provimento.

No tocante à responsabilidade pelo pagamento de débitos provenientes da *demurrage*, já se manifestou esta Corte:

"Em sendo assim, conforme entendimento sedimentado na jurisprudência, figurando a apelante no conhecimento de transporte marítimo como consignatária da carga, o atraso na restituição dos contêineres, caracterizando a sobreestadia ou 'demurrage', implica em admitir a sua responsabilidade patrimonial" (Apelação Cível n. 2003.013879-0, de São Francisco do Sul, rel. Des. Marli Mosimann Vargas, j. em 12.06.2008).

E mais:

"DIREITO COMERCIAL. CONTRATO DE TRANSPORTE INTERNACIONAL. CONHECIMENTO DE FRETE. DE-

SEMBARQUE DA MERCADORIA APÓS O DEPÓSITO DA CONTRAPRESTAÇÃO PECUNIÁRIA. NAVIO DA TRANSPORTADORA QUE AGUARDA NO PORTO DE DESTINO O ADIMPLEMENTO DA AVENÇA PARA ENTÃO DESEMBARCAR A MERCADORIA. GASTOS DESPENDIDOS COM SOBRESTADIA E DESESTIVA. ÔNUS DA REMETENTE. RECURSO DESPROVIDO" (Apelação Cível n. 97.005187-5, de Itajaí, rel. Des. Silveira Lenzi, j. 20.03.01).

Destarte, cumpre transcrever parte da sentença recorrida, onde o Togado dispôs "*Não é demasiado registrar, por relevante, o fato de a Secretaria da Receita Federal adotar critério rígidos para quitar as obrigações fiscais e sequer aceitar o desembarço de mercadorias sem a interferência de despachante aduaneiro, sem a qual a demandada não teria recebido as mercadorias importadas, quedando inerte na prova do fato constitutivo do direito da demandante*" (fl. 222).

Diante de tais motivos, a manutenção da sentença no ponto é medida que se impõe.

Dos honorários advocatícios

Pugna a Recorrente, ainda, pela minoração do *quantum* arbitrado na sentença a título de honorários advocatícios.

No que tange à verba honorária, o magistrado *a quo* condenou à Demandada ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em 15% sobre o valor total da dívida cobrada, após a conversão para a moeda brasileira.

Ressalto que, mesmo nos casos em que a verba honorária é fixada conforme a apreciação eqüitativa do juiz (art. 20, § 4º, do CPC), há que se levar em consideração o grau de zelo profissional, o lugar de prestação do serviço, a natureza e a importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço (alíneas 'a', 'b' e 'c' do § 3º do art. 20 do CPC).

O tema dos autos – cobrança de dívida relativa à sobreestadia – não é daqueles que ofereça grande complexidade, mas reconheço que os procuradores agiram com eficiência e zelo profissional, atendendo aos prazos e apresentando argumentação jurídica escorreita.

Assim, nego provimento ao apelo também neste ponto, pelo que mantenho a verba honorária nos termos fixados pela sentença de primeiro grau.

Frente ao exposto, conheço do recurso e nego-lhe provimento.

DECISÃO

Nos termos do voto do relator, decidiu a Câmara, à unanimidade, conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Senhor Desembargador Gastaldi Buzzi, com voto, e dele participou a Exma. Senhora Desembargadora Rejane Andersen.

Florianópolis, 24 de setembro de 2009.

Paulo Roberto Camargo Costa
RELATOR

QUARTA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

APELAÇÕES CÍVEIS

Apelação Cível n. 2004.011996-8, de Criciúma

Relator: Des. José Carlos Carstens Köhler

APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS À EXECUÇÃO.

EXPRESSÕES INJURIOSAS. NECESSIDADE DE SEREM RISCADAS. INTELIGÊNCIA DO ART. 15 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

"As expressões injuriosas utilizadas por advogado em peça processual devem ser riscadas, pois contrárias aos fins do processo, a exigir discussão fática e jurídica nivelada pelo profissionalismo ético, respeitoso e leal" (Des. Wilson Augusto do Nascimento).

MATÉRIA DE FUNDO. CONTRATO REALIZADO SOB COAÇÃO. NEGÓCIO SURGIDO ANTES DA ENTRADA EM VIGOR DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. APLICABILIDADE DO ESTATUTO DE 1916. EXEGESE DO ART. 2.035 DO NOVO DIPLOMA. PROVAS ORAIS E DOCUMENTAIS QUE DEIXAM CLARO O CONTEXTO EM QUE O INSTRUMENTO OBJETO DA EXECUÇÃO FOI CONCEBIDO. VÍCIO DO CONSENTIMENTO CARACTERIZADO. ANULAÇÃO ACOLHIDA. PROCESSO DE EXECUÇÃO EXTINTO COMO CONSEQUÊNCIA.

LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. EXEQUENTE QUE SE VALE DE CONTRATO FORMADO ESPECIALMENTE PARA A FINALIDADE DE SER EXECUTADO. UTILIZAÇÃO DO PROCESSO

PARA CONSEGUIR OBJETIVO ILEGAL. INCIDÊNCIA DO ART. 17, INCISO III, DO CÓDIGO BUZAID. CONDENAÇÃO AO PAGAMENTO DE MULTA E DE INDENIZAÇÃO. APLICAÇÃO DO ART. 18 DO ESTATUTO PROCESSUAL CIVIL.

ÔNUS DE SUCUMBÊNCIA. INVERSÃO DA RESPONSABILIDADE PELO PAGAMENTO DAS CUSTAS PROCESSUAIS E DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. AUSÊNCIA DE CONDENAÇÃO. FIXAÇÃO DA VERBA HONORÁRIA DE ACORDO COM O § 4º DO ART. 20 DO CPC.

RECURSO PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2004.011996-8, da 2ª Vara Cível da Comarca de Criciúma, em que é apelante Classic Metalúrgica Ltda., e apelado Alecsandro Ronsani:

ACORDAM, em Quarta Câmara de Direito Comercial, por unanimidade, dar provimento ao Recurso. Custas legais.

RELATÓRIO

No Juízo da 2ª Vara Cível da Comarca de Criciúma, Classic Metalúrgica Ltda. apresentou Embargos – autos n. 020.03.009558-1 – contra Ação de Execução – autos n. 020.02.018431-0 – promovida por Alecsandro Ronsani, defendendo, em resumo: a) excesso de penhora; b) que o contrato objeto da execução é fruto de coação exercida pelo Embargado; e c) a abusividade das cláusulas da avença cuja concretização se discute.

Às fls. 38-41 foi oferecida Impugnação, peça esta que foi combatida (fls. 62-66).

Em audiência realizada em 20-10-03 (fl. 79), duas pessoas foram inquiridas (fls. 80-81). Empós – 26-11-03 (fl. 95) – outras duas foram ouvidas (fls. 96-97).

A Embargante apresentou alegações finais (fls. 101-104). O Embargado, por seu turno, deixou de praticar o mesmo ato (fl. 104, verso).

Conclusos os autos, a Togada da primeira instância julgou improcedentes os Embargos, condenando a Demandante ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, estes arbitrados em 20% sobre o valor atribuído à demanda, devidamente corrigido, com fundamento no art. 20, § 3º, do Estatuto Processual Civil (fls. 105-107).

Inconformada com a prestação jurisdicional, a Embargante apelou (fls. 110-116), sustentando, em síntese: a) a necessidade de serem riscadas as expressões de baixo calão contidas na impugnação aos Embargos; b) que as provas testemunhais e documentais presentes nos autos demonstram a veracidade das suas alegações; e c) que o contrato objeto da execução é fruto de coação exercida pelo Embargado.

Com as contrarrazões (fls. 119-120), os autos ascenderam a esta Corte Estadual.

É o necessário escorço.

VOTO

A Insurgência merece prosperar.

Ab initio, impende determinar que se risquem as expressões ofensivas que se encontram no caderno processual.

O art. 15 do Código de Processo Civil estatui que "é defeso às partes e seus advogados empregar expressões injuriosas nos escritos apresentados no processo, cabendo ao juiz, de ofício ou a requerimento do ofendido, mandar riscá-las".

Sobre o assunto, este Sodalício já proclamou que:

As expressões injuriosas utilizadas por advogado em peça processual devem ser riscadas, pois contrárias aos fins do processo, a exigir discussão fática e jurídica nivelada pelo profissionalismo ético, respeitoso e leal. (TJSC. Apelação Cível n. 2002.012491-0, de Chapecó. Rel.: Des. Wilson Augusto do Nascimento. j. em 14/02/2003).

(Apelação Cível n. 2006.042876-3, Rel. Des. Henry Petry Junior, j. 13-6-08).

Ademais, segundo Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery:

Se o CPC 15 permite à parte que requeira e determina ao juiz que risque, *ex officio*, as expressões injuriosas, não teria sentido negar-se o pedido da parte porque teria repetido as expressões injuriosas e que, portanto, o pedido de mandar riscá-las se mostraria inútil. Caso entenda serem mesmo injuriosas as expressões, o tribunal mandará riscá-las, atendendo o requerimento da parte e, de ofício, deve mandar riscar essas mesmas expressões constantes do requerimento da parte. Para que o juiz possa analisar o requerimento é necessária a menção explícita das expressões injuriosas no referido requerimento.

(*Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 10ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 212).

Sob esses fundamentos, deve a Diretoria Judiciária desta Corte riscar as expressões vazadas entre aspas à fl. 62, e também presentes às fls. 39-40, de modo que sejam afastadas tanto da peça de fls. 38-41 quanto da de fls. 62-66.

A respeito da matéria de fundo, verifica-se que o contrato objeto da execução foi realizado sob coação do Embargado, vício de consentimento que torna imperativa a sua anulação, eis que pleiteada pelo Embargante.

O art. 2.035 do Código Civil de 2002 prescreve que "a validade dos negócios e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor deste Código, obedece ao disposto nas leis anteriores".

O contrato em debate foi realizado antes da entrada em vigor do Novo Código Civil – 12-6-02 (fl. 8 dos autos n. 020.02.018431-0) – estando regulado pelo Diploma de 1916, no qual o instituto da coação, caracterizador de defeito do negócio jurídico, está previsto nos arts. 98 a 101, com disciplina semelhante à que foi conferida pelo atual Estatuto Civil, nos arts. 151 a 155.

De Plácido e Silva afirma que coação "[...] no sentido mais propriamente de constrangimento, de violência ou ação de violentar [...]" (*Vocabulário jurídico*. 27ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 299) representa:

[...] a ação conduzida por uma pessoa contra outra, no sentido de fazer diminuir a sua vontade ou de obstar a que se manifeste livremente, a fim de que o agente da coação logre realizar o ato jurídico, de que participa a outra pessoa, consentindo esta com constrangimento ou pela violência. (p. 299).

Com esse significado, coação apresenta-se como "*vício do consentimento*, porque a pessoa, que *consentiu sob coação*, se encontrava sob a pressão de violência, material ou moral. E somente por este meio se promoveu, afirmativamente, a manifestação de sua vontade" (p. 299-300).

Na mesma direção é o escólio de Carlos Roberto Gonçalves, para quem "*Coação* é toda ameaça ou pressão exercida sobre um indivíduo para forçá-lo, contra a sua vontade, a praticar um ato ou realizar um negócio. O que a caracteriza é o emprego da violência psicológica para viciar a vontade" (*Direito Civil Brasileiro*: parte geral. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 379).

O art. 98 do Código Civil de 1916 prescreve que: "A coação, para viciar a manifestação da vontade, há de ser tal, que incuta ao paciente fundado temor de dano à sua pessoa, à sua família, ou a seus bens, iminente e igual, pelo menos, ao receável do ato extorquido".

Ocorre que os fatos alegados nos Embargos ficaram comprovados pelos elementos de convicção coligidos ao feito, tendo restado claro que a "avença" firmada entre Exequente e Executada é fruto de uma tentativa ilegítima empreendida por aquele no sentido de cobrar desta uma dívida decorrente de outro contrato, entabulado entre Embargante e empresa dirigida pelo Embargado.

O meio utilizado pelo Apelado foi a realização de um contrato, sob coação, tendo restado comprovado o preenchimento de todos os requisitos desse defeito do negócio jurídico.

O instrumento do "acordo" consta das fls. 6-10 dos autos n. 020.02.018431-0, e as provas testemunhais esclarecem o contexto vicioso em que esse contrato foi concebido.

À fl. 96 consta o depoimento de Eveline da Cunha Campos, que prestou as seguintes informações:

[...] que trabalhou na empresa Classic; que era responsável de passar o fax das duplicatas para a empresa Finaj, sendo que falava sempre com o funcionário Hélio; que o Alecsandro era dono da Finaj e foi várias vezes na empresa Classic fazer cobranças; que em algumas vezes o mesmo foi sozinho; que uma vez o Alecsandro foi acompanhado de uma pessoa, porém o Sirlesio não se encontrava; que esta pessoa ligou mais tarde perguntando novamente pelo Sirlesio e dizendo que queria vê-lo de qualquer jeito, sendo que para isso iria até armado; que no outro dia este senhor apareceu com outra pessoa de cor negra e forte, porém como o Sirlesio não se encontrava os mesmos ficaram rondando a fábrica; que depois ligaram e a depoente [disse] que o Silersio tinha ido a faculdade e os mesmos disseram que iriam esperá-lo na porta da universidade; que o objetivo dos mesmos era cobrar uma dívida da empresa; que depois disso as ameaças pararam pois a empresa fez um acordo para pagamento da dívida. Dada a palavra a Dr. Procuradora da Embargante, às suas perguntas respondeu: que a empresa lhe deu férias pois sentido que a depoente estava um pouco nervosa, com medo de que acontecesse alguma coisa lá dentro; que estes fatos aconteceram em meados de 2002 [...]. (sublinhou-se).

No mesmo sentido, mas com maiores detalhes, foi o testemunho de Sadirlei Coan dos Santos, conforme segue:

[...] que é irmã do sócio da empresa Classic; que trabalha na empresa como auxiliar de escritório, que sempre fez os negócios com Alecsandro pensando que este possuía a financeira Finaj Factoring, que sempre recebeu todos os contratos e as duplicatas em nome da Finaj, que vendiam as duplicatas para a factoring só que alguns clientes não pagaram as mesmas. Em razão disto o Sr. Alecsandro veio cobrar da embargante, sendo que obrigou a mesma a assinar um contrato de confissão de dívida com juros exorbitantes. Que o sócio Sirlésio precisou trancar a universidade pois mandava um Sr. Cobrar a dívida naquele local, que alguns colegas presenciaram estas conversas. Que a outra funcionária da empresa ficava apavorada com as ligações do embargado. Que o embargado dizia que tinha uma outra maneira de cobrar a dívida. Dada a palavra ao procurador da embargante às perguntas respondeu: que o borderô dos descontos estavam em nome da Finaj e era cobrado IOF. Que levantaram um cálculo com os juros de 7 a 8% ao mês. Que as ameaças começaram em meados de 2002 e foram até agosto do mesmo ano. Que pela parte da manhã falava com o Hélio da Finaj. Que a Finaj estava estabelecida no Ed. Catarina Gaidzinski e depois na Galeria Becker. Que o Alecsandro na época das ameaças esteve uma vez na empresa acompanhado de uma outra pessoa. Que esta pessoa apareceu mais duas vezes na empresa. Que depois de assinar a confissão de dívida as ameaças pararam. Que a firma deu férias para uma funcionária que estava apavorada, a qual trabalhava na recepção [...]. (destacou-se).

Impende salientar que o art. 404, inciso II, do Código de Processo Civil, afirma que "é lícito à parte inocente provar com testemunhas [...] os vícios do consentimento". Sobre esse dispositivo, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery comentam que "tanto a simulação (CC 166 VII e 167; CC/1916 102, 105 e 145) quanto os vícios de consentimento (CC 138 a 155; CC/1916 86 a 101) admitem prova exclusivamente testemunhal de sua ocorrência". (*Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 10ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 641).

A prova oral é clara. O contrato objeto da execução foi concebido mediante violência moral exercida contra o representante da Embargante, em desfavor de quem foi incutido intenso temor de dano pessoal, iminente e injusto, inclusive mediante a ameaça de uso de arma e insinuações de que havia outra maneira de cobrar a dívida, o que se mostrou determinante para a sua manifestação de vontade.

Inobstante a transparência das informações até aqui apresentadas, a elas deve-se somar, ainda, outro elemento.

Salta aos olhos até de um desatento observador a peculiaridade do contrato cuja execução se pretende (fls. 6-10). Trata-se de mútuo em que a Executada recebe R\$ 36.000,00 (trinta e seis mil reais), ao passo que se obriga a pagar 12 (doze) prestações de R\$ 3.000,00 (três mil reais), curiosamente divididas dentro de um período de aproximadamente 70 (setenta) dias, apenas.

Tal fato fortalece a versão de que o Embargado, com referido contrato, pretendia unicamente concretizar suposto direito de empresa sob seu comando.

Isso porque a exiguidade do prazo fixado para que a Embargante cumprisse suas obrigações contratuais, assim como o intervalo de apenas 7 (sete) dias entre cada prestação, imprime severa dúvida acerca da configuração do contrato de mútuo, pois deixa clara a pressa que tinha o Embargado em efetivar pretensão de direito de sua Empresa, o que se apresenta como motivo para a utilização de meios ilegítimos.

Sendo assim, caracterizada está a ocorrência do vício da coação na formação do contrato cuja execução se discute. E, de acordo com o art. 147, inciso II, do Código Civil de 1916, é anulável o negócio jurídico resultante desse defeito, *in verbis*:

Art. 147. É anulável o ato jurídico:

[...]

II – por vício resultante de erro, dolo, coação, simulação, ou fraude (arts. 86 a 113).

Logo, a pretensão do Apelante no sentido de anular o contrato e extinguir a execução merece amparo. Consoante os fundamentos suso delineados, o negócio jurídico foi concebido com o defeito da coação, devendo ser anulado, o que *in casu* tem como consequência a extinção do processo executivo.

A par disso, vislumbra-se a ocorrência de litigância de má-fé.

O Credor, ao tentar valer-se de contrato formado especialmente para a finalidade de ser executado, usou do processo para conseguir objetivo ilegal – art. 17, inciso III, do Código de Processo Civil.

Conforme se percebe das provas suso cotejadas, o contrato cuja execução se debate foi concebido especificamente para ser concretizado mediante processo executivo.

A exiguidade do prazo estipulado para o cumprimento das obrigações por parte da Embargante é prova de que o Recorrido tinha pressa no vencimento das parcelas, porque seu objetivo era executá-las.

Além disso, no que tange ao instrumento objeto da execução, não se tem notícia de ter havido qualquer tipo de cobrança extrajudicial por parte do Apelado. Pelo contrário, os elementos de convicção demonstram que empós o seu advento, as buscas por adimplemento cessaram.

Portanto, com fulcro no art. 18 do Código Buzaid, o Exequente deve ser condenado ao pagamento de multa de 1% sobre o valor atribuído à demanda, corrigido monetariamente desde a propositura da demanda, além de indenização na quantia de 10% a incidir sobre o mesmo parâmetro.

No mais, com o advento da sucumbência do Embargado, deve-se inverter a responsabilidade pelo pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios.

É sabido que, para a fixação do *quantum* da verba honorária, em não havendo condenação, como no caso, deve-se observar o § 4º do art. 20 do Estatuto Processual Civil e os elementos insertos nas alíneas "a", "b" e "c" do § 3º do mesmo preceptivo legal.

Cabe salientar, outrossim, que o arbitramento em exame deve se dar com observância dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, com o intuito de não onerar excessivamente o vencido, e em contrapartida, não desprezar o trabalho despendido pelo Procurador.

Mutatis mutandis, colhe-se dos julgados desta Corte Estadual:

Em caso de improcedência do pedido inicial, os honorários advocatícios devem obedecer ao comando do art. 20, § 4º, do CPC, para fixação com razoabilidade e proporcionalidade, sem onerar excessivamente o devedor, mas também não aviltar o trabalho do advogado, de modo que, no caso dos autos, afigurando-se não remunerados condignamente os serviços prestados pelo causídico, deve ser majorado o valor da verba honorária fixada na sentença.

(Apelação Cível n. 2006.025803-2, Rel. Des. Jaime Ramos, j. 11-9-07).

Destarte, em decorrência do Patrono do Requerente possuir escritório profissional na mesma Comarca em que o processo tramitou (fls. 2, 62, 72, 83, 101 e 110), observada a natureza da causa e o modo como a discussão da problemática se deu na demanda, nos termos legais vertidos, os honorários advocatícios sucumbenciais são fixados em R\$ 4.500,00 (quatro mil e quinhentos reais), com fiel observância do art. 20, §§ 4º e 3º, alíneas "a", "b" e "c", do CPC.

Por derradeiro, em observância ao art. 40 do Código de Processo Penal, a integralidade do caderno processual deve ser fotocopiada, e as cópias devem ser remetidas ao Ministério Público da Comarca de origem.

É o quanto basta.

DECISÃO

Ante o exposto, por unanimidade, dá-se provimento ao Recurso para:

a) determinar que a Diretoria Judiciária deste Tribunal risque as expressões escritas entre aspas à fl. 62, e também presentes às fls. 39-40, de modo que sejam afastadas tanto da peça de fls. 38-41 quanto da de fls. 62-66;

b) anular o contrato objeto da execução (fls. 6-10 dos autos n. 020.02.018431-0) e, como consequência, declarar extinto o processo executivo;

c) condenar o Exequente ao pagamento de multa de 1% sobre o valor atribuído à demanda, atualizado monetariamente desde o ajuizamento, além de indenização na quantia de 10% a incidir sobre o mesmo parâmetro, conforme art. 18 do Código Buzaid;

d) condenar o Embargado ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, estes fixados em R\$ 4.500,00 (quatro mil e quinhentos reais), com supedâneo no art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil; e

e) determinar à Diretoria Judiciária deste Sodalício que extraia cópias fotostáticas da integralidade deste caderno processual e, uma vez autenticadas, as remeta ao Ministério Público de Criciúma, em observância ao art. 40 do Código de Processo Penal.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Lédio Rosa de Andrade, e dele participaram os Exmos. Srs. Des. João Henrique Blasi e José Inácio Schaefer.

Florianópolis, 25 de agosto de 2009.

Carstens Köhler
RELATOR

Apelação Cível n. 2006.036116-4, de Blumenau

Relator: Des. José Carlos Carstens Köhler

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA. SENTENÇA QUE JULGA PROCEDENTE O PEDIDO FORMULADO NO PÓRTICO INAUGURAL. INSURGÊNCIA DOS REQUERIDOS.

PROCESSUAL CIVIL. DOCUMENTOS JUNTADOS COM A APELAÇÃO. EXTEMPORANEIDADE. DESCONSIDERAÇÃO DE SEU TEOR EM OBSERVÂNCIA AO ART. 396, DO DIGESTO PROCESSUAL CIVIL.

A juntada de novos documentos nos autos somente é viável se presente uma das situações previstas pelo art. 397 c/c art. 517 do CPC. Caso contrário, o não conhecimento dos documentos é medida que se impõe, mesmo que exibidos conjuntamente com as razões da apelação.

(Ap. Civ. n. 2007.015171-7, Rel. Des. Anselmo Cerello, j.: 6-12-07).

COMPROVAÇÃO DE NEGÓCIO JURÍDICO. INVIABILIDADE DE UTILIZAÇÃO DA PROVA EXCLUSIVAMENTE TESTEMUNHAL. DÍVIDA QUE SUPLANTA O DÉCUPLO DO SALÁRIO-MÍNIMO VIGENTE À ÉPOCA DA EMISSÃO DO TÍTULO. PROVA DOCUMENTAL TRAZIDA PELOS AUTORES QUE SE MOSTRA SUFICIENTE PARA COMPROVAR O DÉBITO.

NOTA FISCAL E DUPLICATA. COBRANÇA DE DESPESAS HOSPITALARES, LABORATORIAIS E DE MEDICAMENTOS COMPROVADAS PELOS DOCUMENTOS TRAZIDOS PELOS DEMANDANTES. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA QUE NÃO SOCORRE OS DEMANDADOS. DOCUMENTOS QUE DISCRIMINAM A ESPÉCIE, QUANTIDADE E CUSTO DOS

MEDICAMENTOS, EXAMES E LEITOS UTILIZADOS NO TRATAMENTO DO PRIMEIRO RÉU. EXEGESE DO ART. 333, INCISO II, DO CPC. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA QUE SE DESNUDA IMPERATIVA.

RECURSO DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2006.036116-4, da 1ª Vara Cível da Comarca de Blumenau, em que são apelantes Widnei Denocir Barth e Valmor Barth, e apelados Hospital Santa Catarina, Centro Homoterápico Blumenau S/C e Clinilab – Análises Clínicas S/C Ltda.:

ACORDAM, em Quarta Câmara de Direito Comercial, por votação unânime, em favor do provimento ao Recurso. Custas legais.

RELATÓRIO

Hospital Santa Catarina, Centro Hemoterápico Blumenau S/C e Clinilab – Análises Clínicas S/C Ltda propuseram ação de cobrança – autos n. 008.04.039803-7 – em face de Widnei Denocir Barth e Valmor Barth, objetivando a condenação dos Réus ao pagamento do valor de R\$ 15.728,87 (quinze mil, setecentos e vinte e oito reais e oitenta e sete centavos), relativo às despesas hospitalares e com medicamentos, serviços hemoterápicos e laboratoriais prestados pelos Autores no período de 27-4-04 a 14-5-04, quando o primeiro Réu esteve internado no Hospital Santa Catarina para tratamento de fratura exposta infectada em sua perna esquerda. Juntaram os documentos de fls. 7-34.

Citados os Réus (fls. 48-49) e inexitosa a conciliação proposta em audiência (fl. 50), apenas o demandado Widnei Denocir Barth apresentou contestação (fls. 51-55), requerendo sua consideração como defesa do segundo réu Valmor Barth.

Impugnação à resposta colacionada às fls. 61-75.

Em cumprimento ao despacho de fl. 77, peticionou o Réu Valmor Barth às fls. 81-83, regularizando sua representação processual.

Conclusos os autos, o Magistrado *a quo* proferiu sentença nos seguintes termos (fls. 87-89):

Posto isto, **JULGO PROCEDENTE** o pedido aforado na presente ação para condenar os réus, **solidariamente**, a pagar ao autor Hospital Santa Catarina a quantia de R\$ 15.250,94, ao autor Centro Hemoterápico Blumenau S/C a quantia de R\$ 204,25 e ao autor Clinilab Análises Clínicas a quantia de R\$ 267,50, sendo todos os valores corrigidos monetariamente a partir da propositura da ação e acrescida [sic] de juros de mora a contar da citação.

Condene os réus, outrossim, a arcar com as despesas processuais e honorários advocatícios, estes arbitrados em 15% sobre o valor atualizado da condenação, com base no art. 20, § 3º, do CPC, e considerando-se o abreviamento do processo, cuja exigibilidade fica suspensa, uma vez que lhe foram deferidos os benefícios da gratuidade da justiça. (grifos do original).

Irresignados, apelaram os Demandados (fls. 96-102), aduzindo, em síntese, que: a) que por se constituir relação de consumo, os Autores deveriam comprovar de forma inequívoca a utilização dos medicamentos listados nos documentos que guarnecem a exordial; b) não houve detalhamento dos serviços prestados; c) inexistem documentos que comprovem a prescrição dos medicamentos que estão sendo cobrados; d) os Requerentes não apresentaram orçamento prévio das despesas, ou qualquer informação sobre o custo dos serviços; e, e) a cobrança dos valores na forma pretendida pelos Suplicantes configura tentativa de enriquecimento ilícito.

O Apelo foi recebido em ambos os efeitos (fls. 105).

Vertidas as contrarrazões (fls. 110-123), com a juntada dos documentos de fls. 124-170, ascenderam os autos a este grau de jurisdição.

Aportando o feito na Quarta Câmara de Direito Civil deste Tribunal de Justiça, foi reconhecida a natureza comercial da relação jurídica estabelecida entre as Partes e determinada a distribuição do processo para uma das Câmaras de Direito Comercial (fls. 176-179), e, posteriormente, a esta relatoria.

É o necessário escorço.

VOTO

Ab initio, não restam dúvidas de que a relação jurídica firmada entre os Litigantes tem caráter consumerista, pois trata da prestação de serviços hospitalares – art. 3º da Lei 8.078/90 – sendo viável a inversão do ônus da prova.

Neste aspecto, denota-se que mesmo havendo inversão do ônus probatório, tal fato não é suficiente para derruir a pretensão dos Suplicantes, pois os documentos carreados à inicial demonstram a plausibilidade da tutela jurisdicional invocada, não havendo razões que justifiquem a reforma da sentença proferida pelo Juízo de origem.

O documento de fl. 11 comprova que o primeiro Apelante foi transferido por vontade própria para o Hospital Santa Catarina – instituição de caráter privado, com fins lucrativos – para tratamento de fratura exposta infectada em sua perna esquerda, tendo este e o segundo Recorrente expressamente concordando em arcar com as despesas do tratamento.

Os documentos de fls. 14-19 e 21-24, discriminam as unidades do hospital utilizadas pelo Paciente, os procedimentos, os exames, os materiais e os medicamentos utilizados em seu tratamento, bem como os respectivos custos, restando demonstrada a origem do montante que está sendo cobrado pelos Apelados e a procedência lícita da nota fiscal e da duplicata de fl. 19.

Improcede, pois, a afirmação de que os medicamentos empregados no tratamento médico do primeiro Requerido não foram discriminados, pois os aludidos documentos comprovam a espécie, a quantidade e o custo individual de cada medicamento e exame.

De outro norte, impende salientar que os documentos de fls. 124-170 não podem ser considerados, pois foram juntados de forma extemporânea.

O artigo 396 do Código de Processo Civil preconiza que o momento oportuno para a juntada das provas documentais é a fase postulatória, ou seja, na petição inicial e na contestação, exceto quando verificada a hipótese descrita no art. 397 do mesmo diploma legal, que reza: "é lícito às partes, em qualquer tempo, juntar aos autos documentos novos, quando destinados a fazer prova de fatos ocorridos depois dos articulados, ou para contrapô-los aos que foram produzidos nos autos".

Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, dissertando sobre a juntada de documentos, ensinam que:

A parte tem o dever de demonstrar que a finalidade da juntada visa contrapor o documento a outro, ou a fato ou alegação surgida no curso do processo e depois de sua última oportunidade de falar nos autos. Não pode a juntada ser feita com o intuito de surpreender a parte contrária ou o juízo, artilosa e maliciosamente, para criar no espírito do julgador, à última hora, a impressão de encerramento da questão, sem que a outra parte tenha tido igual oportunidade na dialética do processo. Deve estar presente na avaliação do julgador, sempre, o princípio da lealdade processual, de sorte seja permitida a juntada de documentos nos autos, apenas quando nenhum gravame houver para a parte contrária.

(*Código de Processo Civil Comentado*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 555 e 556).

Assim, em homenagem à lealdade processual, os documentos colacionados com as contrarrazões não serão considerados.

Em casos análogos já decidiu esta Corte:

APELAÇÃO CÍVEL - EXECUÇÃO FISCAL - EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - JULGAMENTO ANTECIPADO - CERCEAMENTO DE DEFESA - NÃO OCORRÊNCIA - AUSÊNCIA DE NOTIFICAÇÃO PESSOAL DO DEVEDOR DO LANÇAMENTO - MATÉRIA VENTILADA NOS EMBARGOS - ÔNUS PROBATÓRIO - ART. 333 DO CPC - DOCUMENTOS APRESENTADOS EM SEDE RECURSAL - IMPOSSIBILIDADE - ART. 397 DO CPC - PRECLUSÃO - NÃO CONHECIMENTO DO CONTEÚDO - NULIDADE DA CDA - RECURSO DESPROVIDO.

A juntada de novos documentos nos autos somente é viável se presente uma das situações previstas pelo art. 397 c/c art. 517 do CPC. Caso contrário, o não conhecimento dos documentos é medida que se impõe, mesmo que exibidos conjuntamente com as razões da apelação.

(Apelação Cível n. 2007.015171-7, Rel. Des. Anselmo Cerello, j. 6-12-07).

De qualquer forma, imperioso reconhecer que os Requerentes trouxeram ao feito todas as provas que possuíam, cumprindo o requisito disposto no art. 333, inciso I, do CPC.

Quanto aos Requeridos, estes se limitaram a impugnar de forma genérica os documentos colacionados pelos Demandantes, não produzindo qualquer prova hábil a desconstituí-los, ou a comprovar o pagamento da duplicata representativa do débito.

No que tange ao adimplemento da obrigação, o art. 9º da Lei das Duplicatas proclama:

É lícito ao comprador resgatar a duplicata antes de aceitá-la ou antes da data do vencimento.

§ 1º A prova do pagamento e o recibo, passado pelo legítimo portador ou por seu representante com poderes especiais, no verso do próprio título ou em documento, em separado, com referência expressa à duplicata.

§ 2º Constituirá, igualmente, prova de pagamento, total ou parcial, da duplicata, a liquidação de cheque, a favor do estabelecimento endossatário, no qual conste, no verso, que seu valor se destina a amortização ou liquidação da duplicata nêle caracterizada.

A propósito já decidiu este Pretório:

A alegação de pagamento de título extrajudicial líquido, certo e exigível (duplicata) somente merece acolhimento quando houver prova documental inequívoca, por recibo idôneo em separado ou no próprio título, com todos os dados essenciais, atendendo o formalismo expresso no artigo 940, do Código Civil e artigo 9º, §§ 1º e 2º, da Lei n. 5.474/68. (ACV n. 30.267, de São Miguel do Oeste, rel. Des. Cid Pedroso).

(Apelação Cível n. 2000.001831-7, Rel. Des. Sérgio Paladino, DJ de 02.04.01).

Ainda, *mutatis mutandis*:

APELAÇÃO CIVIL - AÇÃO DECLARATÓRIA CUMULADA COM AÇÃO DE COBRANÇA DE COMISSÃO DE CORRETAGEM E REMUNERAÇÃO DE SERVIÇOS PRESTADOS - CITAÇÃO - COMPARECIMENTO ESPONTÂNEO - ART. 214, § 1º, DO CÓDIGO DE RITOS - RESPOSTA PROTOCOLIZADA DENTRO DO PRAZO LEGAL - INTERMEDIACÃO NA VENDA DE LOTES - COMISSÃO DE CORRETAGEM - PAGAMENTO - AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO - EXEGESE DO ART. 320 DO CÓDIGO CIVIL - PRESTAÇÃO DE SERVIÇO - APROVAÇÃO DO LOTEAMENTO NOS ÓRGÃOS COMPETENTES - MÍNGUA DE PROVAS - ÔNUS PROBATORIO - ART. 333, I, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

[...] A prova do pagamento deve ser realizada por meio do recibo de quitação, elaborada à vista do disposto no art. 320 do Código Civil, sob pena de ter-se inválido o pagamento total ou parcial da dívida.

"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" (TJSC, Desa. Maria do Rocio Luz Santa Ritta).

(Apelação Cível n. 2008.007397-3, Rel. Des. Fernando Carioni, j. 13-5-08).

Por tais razões, considerando ainda que a produção de prova exclusivamente testemunhal é vedada no caso *sub judice*, pois o débito supera o décuplo do maior salário-mínimo vigente na época da emissão da duplicata de fl. 13 – art. 401, do CPC – de rigor a manutenção da sentença objugada.

É o quanto basta.

DECISÃO

Ante o exposto, por unanimidade, nega-se provimento ao Recurso.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Lédio Rosa de Andrade, e dele participaram os Exmos. Srs. Des. João Henrique Blasi e José Inácio Schaefer.

Florianópolis, 11 de agosto de 2009.

Carstens Köhler
RELATOR

Apelações Cíveis n. 2008.050199-1 e 2008.050200-3, de Brusque

Relator: Des. João Henrique Blasi

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO DE FINANCIAMENTO BANCÁRIO E AÇÃO CAUTELAR DE SUSTAÇÃO DE PROTESTO. AGRAVO RETIDO.

INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR (CDC). É pacífica a aplicabilidade do CDC aos contratos bancários (Súmula n. 297 do STJ).

PACTA SUNT SERVANDA. Princípio de caráter geral, que cede à incidência do CDC, restando por ele mitigado.

AGRAVO RETIDO: Se o apelante não requer, nas razões recursais, que o tribunal o aprecie, dele não se deve conhecer (art. 523, caput e § 1º, do Código de Processo Civil).

JUROS REMUNERATÓRIOS. Na ambiência dos contratos bancários, excetuadas as cédulas e notas de crédito rural, comercial e industrial, não são abusivos os juros praticados no limite da taxa média de mercado, divulgada pelo Banco Central do Brasil, à época da avença (Enunciado I, do Grupo de Câmaras de Direito Comercial desta Corte).

COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. Aplicabilidade, desde que avençada, observados os lindes dos juros remuneratórios e não cumulada com qualquer outro encargo moratório (Enunciado III do Grupo de Câmaras de Direito Comercial do TJSC).

MORA. Não há como caracterizá-la, se a inadimplência di-mana da cobrança de cláusula abusiva.

INPC - ÍNDICE NACIONAL DE PREÇOS AO CONSUMIDOR. Possibilidade de sua utilização como fator de correção

monetária (Provimento n. 13/95 da Corregedoria-Geral de Justiça desta Corte).

MULTA CONTRATUAL E JUROS DE MORA. Ausência de interesse recursal ante a manutenção dos encargos, nos lindes em que contratados, pela sentença de primeiro grau.

REPETIÇÃO DO INDÉBITO. É devida, na forma simples, se constatados valores cobrados a maior.

NEGATIVAÇÃO DO ACIONANTE EM SERVIÇOS DE PROTEÇÃO CREDITÍCIA. Descabimento enquanto perdurar a demanda que discute a relação contratual.

PROTESTO DE TÍTULO VINCULADO AO CONTRATO REVISANDO. Estando *sub judice* o contrato e, de conseguinte, o débito dele decorrente, torna-se inválido o protesto de título a ele vinculado, haja vista que, somente após o deslinde da demanda revisional, é que será possível dimensionar o *quantum* efetivamente devido.

INSURGÊNCIA RECURSAL DESPROVIDA.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelações Cíveis ns. 2008.050199-1 e 2008.050200-3 da Comarca de Brusque (3ª Vara Cível), em que é apelante Banco ABN AMRO Real S/A e apelado Curso e Colégio Século XXI Ltda:

ACORDAM, em Quarta Câmara de Direito Comercial, por votação unânime, conhecer em parte da apelação e negar-lhe provimento e não conhecer do agravo retido. Custas *ex lege*.

RELATÓRIO

Banco ABN AMRO Real S/A (representado pela advogada Josiani do Nascimento) interpõe apelação em face de sentença prolatada pelo juiz Carlos Alberto Civinski, que assim decidiu ação revisional de contrato e medida cautelar de sustação de protesto aforadas por Curso e Colégio Século XXI (representado pelo advogado Antônio Carlos Goedert):

Ante o todo exposto, JULGO o presente feito, bem como a cautelar em apenso, com resolução de mérito, o que faço com fulcro no inciso I do art. 269 do Código de Processo Civil, para acolher parcialmente o pedido inicial e, por conseguinte: 1 - Determinar a aplicação, ao contrato objeto da presente demanda, de juros remuneratórios de 31,57% ao ano, vedada qualquer forma de capitalização, e atualização monetária pelo INPC/IBGE; 2 - Suspender a exigibilidade da comissão de permanência, multa contratual e juros moratórios, ante a descaracterização da mora do autor pela incidência, sobre o montante principal do financiamento celebrados entre as partes, de encargos abusivos e ilegais. 3 - Ante a descaracterização da mora do autor, em vista das abusividades insertas na contratualidade havida entre as partes, torno definitivos os efeitos da liminar concedida à fl. 25 da cautelar. 4 - Tendo em vista que a parte autora decaiu em parte mínima do pedido, condeno o réu ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios que fixo em 15% do valor atualizado total expurgado do contrato, na forma do art. 20, § 3.º, do CPC. 5 - Cópia da presente decisão na cautelar em apenso e no sistema. [...]. (fl. 128).

Nos autos da ação revisional o banco sustenta que as cláusulas foram previamente acordadas, refletem a vontade das partes e estão em consonância com as determinações legais, razão porque têm força de lei entre os litigantes; reafirma a legalidade da cobrança de juros de mora no patamar de 1% (um por cento) ao mês e da multa contratual conforme o índice acordado; refusa o pedido de devolução de valores; pugna pela aplicação da taxa de juros remuneratórios avençada, afastando-se a limitação a 12% (doze por cento) ao ano; advoga a cobrança cumulada de comissão de permanência com correção monetária, juros moratórios e multa contratual;

combate a fixação do Índice Nacional de Preços ao Consumidor (INPC) como fator de correção; contesta a descaracterização da mora e, ao cabo, pleiteia a condenação do apelado ao pagamento da totalidade dos encargos de sucumbência.

Na ação cautelar, além dos itens supra mencionados, a instituição financeira suscita, também, a legalidade do protesto efetivado, bem assim, da inscrição do apelado em cadastros de proteção ao crédito, e, por fim, exalça a inexistência dos pressupostos exigidos para a concessão do pedido cautelar, requerendo, de igual modo, a condenação do apelado ao pagamento dos ônus sucumbenciais.

Com contrarrazões na ação revisional, ascenderam os autos, vindome conclusos.

A anotar, ainda, que, contra a decisão de fl. 149, dos autos da ação revisional, concessiva da inversão do ônus da prova em favor do autor Curso e Colégio Século XXI, foi interposto agravo de instrumento, convolado em agravo retido pela decisão unipessoal de fls. 174 e 175 dos autos apensos.

É o relatório.

VOTO

I. Agravo retido

Estatui o art. 523 do Código de Processo Civil, no *caput* e no § 1º, que:

Art. 523. Na modalidade de agravo retido o agravante requererá que o tribunal dele conheça, preliminarmente, por ocasião do julgamento da apelação.

§ 1º Não se conhecerá do agravo se a parte não requerer expressamente, nas razões ou na resposta da apelação, sua apreciação pelo Tribunal.

No caso vertente cuida-se de agravo de instrumento interposto pelo banco apelante, que restou convertido em agravo retido pela decisão de fls. 174 e 175 dos autos em apenso, razão pela qual se impunha que, nas razões do apelo, tivesse a instituição financeira requerido explicitamente sua apreciação por esta Corte.

Não o tendo feito, há de aplicar-se o normado pela disposição processual supra, vale dizer: o não conhecimento do agravo retido.

II. Da ação revisional

II.1. Da ação de revisão contratual, do *pacta sunt servanda* e do Código de Defesa do Consumidor.

Sustenta o réu que o contrato é lícito, foi livremente firmado, reflete a vontade das partes, não contravém a qualquer preceptivo legal, nem contém excessos, daí decorrendo sua imperatividade.

É correntia, no entanto, a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor – CDC, à espécie, tendo o Superior Tribunal de Justiça – STJ emitido o Enunciado Sumular n. 297, assim redigido: "O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras".

Igualmente, neste Tribunal, a matéria está pacificada, como ressei da seguinte decisão:

Deve ser reconhecida a possibilidade de revisão do contrato, visto que a Lei n. 8.078/90 (CDC) admite, consoante a inteligência do seu art. 6º, inciso V, 'a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas'. Ademais, ressalta-se que tal preceito não constitui ofensa ao ato jurídico perfeito, tendo em vista o reconhecimento do caráter relativo do princípio do *pacta sunt servanda*. (AC n. 2006.032409-4, de

Itajaí, rel. Des. Anselmo Cerello, 1ª Câmara de Direito Comercial, j. em 30.8.07).

Na mesma senda já decidiram a 2ª e a 3ª Câmaras de Direito Comercial (AC n. 2006.035741-9, da Capital, rel. Des. Trindade dos Santos, j. em 10.2.07; e AC n. 2004.021100-7, de Tangará, rel. Des. Alcides Aguiar, j. em 16.11.07), respectivamente, e também este órgão ancilar, que assim assentou:

Contrato de abertura de crédito em conta-corrente. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor. Súmula 297 do STJ [...] (AC n. 2007.012567-1, da Capital, rel. Des. José Carlos Carstens Köhler, j. em 4.12.07).

Inquestionável, portanto, o tratamento jurisprudencial unís-sono quanto à aplicabilidade do Código de Consumo às instituições financeiras, o que determina a incidência do disposto no seu art. 6º, V, segundo que assere ser direito básico do consumidor a alteração de cláusulas contratuais estratificadoras de prestações desproporcionais ou sobremodo onerosas.

Não se trata, contudo, da proscrição do princípio *pacta sunt servanda* (o contrato faz lei entre as partes), eis que tal princípio, de caráter genérico, cede à incidência da norma prevista no art. 6º, V, do CDC, restando mitigado, conforme consta da ementa adiante reproduzida:

Apelação Cível – Ação de Revisão de Contrato – Financiamento para aquisição de veículo automotor – Código de Defesa do Consumidor – Aplicabilidade – Exegese do art. 3º, § 2º, do CDC – Súmula 297 do STJ – Mitigação ao princípio do *pacta sunt servanda*. [...] (AC n. 2006.017722-0, de Otacílio Costa, relª Desª Salete Silva Sommariva, j. em 29.6.06).

Ademais, cláusulas contratuais unilateralmente fixadas pelo fornecedor, sem que o consumidor possa discuti-las ou modificá-las, tipificam, a teor do art. 54 do Código de Consumo, contrato por adesão, como sucede no caso destes autos, na senda de aresto assim fundamentado:

O contrato de financiamento é, convenhamos, contrato tipicamente de adesão, posto que, a exceção dos dados referentes à qualificação do contratante, do prazo de pagamento, valores da prestação inicial e outros detalhes similares, todos os demais direitos e obrigações daquele que contrata já vêm expressas no próprio termo de ajuste. Simplesmente são as cláusulas correspondentes impostas ao consumidor, sem que sobre elas seja instaurada qualquer discussão e, de regra, sem a prestação de qualquer informação. [...]

Por isso mesmo, os contratos ditos de adesão mereceram especial atenção do Código Consumerista, não só no referente à sua interpretação, como também em relação ao controle de seu conteúdo. (AC n. 2007.044512-6, de Jaraguá do Sul, rel. Des. Trindade dos Santos, j. em 4.12.07).

Logo, com a incidência do Código de Defesa do Consumidor, relativizados ficam os efeitos do princípio do *pacta sunt servanda*, sendo juridicamente plausível a instauração de ampla discussão acerca do conteúdo contratual, visando a dele expungir possíveis abusividades.

Sem razão, portanto, o insurgimento do réu neste aspecto.

II.2. Dos juros de mora e da multa contratual

O banco recorrente pretende a manutenção dos percentuais contratados para os juros moratórios e para a multa contratual.

Ocorre que, no *quantum* tais encargos foram mantidos pela sentença increpada, tendo sido tão-somente suspensa sua cobrança até o deslinde do feito, porque descaracterizada a mora.

Portanto, desvela-se, para o apelante, no ponto, a ausência de interesse recursal.

E o interesse recursal é, como se sabe, pressuposto indeclinável para o conhecimento de qualquer insurgência, razão pela qual a sua falta implica o inverso, ou seja, o não conhecimento.

A propósito, acentua Teresa Arruda Alvim Wambier:

De acordo com Barbosa Moreira, que assevera repousar a noção de interesse no binômio necessidade-utilidade.

No que diz respeito especificamente ao interesse em recorrer, a perspectiva de que da reforma da decisão, obtida através do recurso, advenha um outro pronunciamento, que seja vantajoso (útil), do ponto de vista prático, à parte recorrente, é um dos aspectos que caracteriza seu interesse em recorrer e supõe, de certa forma, a noção de prejuízo, gravame ou sucumbência. O outro aspecto consiste na necessidade de que a parte lance mão do meio recursal para alcançar tal desiderato (*in*: Os agravos no CPC brasileiro, 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 153).

Perceptível, pois, a carência de interesse recursal, porque não há utilidade alguma, para o apelante, a eventual mudança do provimento judicial quanto aos juros moratórios e à multa contratual, porque lhe foram favoravelmente concedidos em primeiro grau.

Por essa razão, deixo de conhecer do recurso do banco, nesta parte.

II.3. Da repetição do indébito

É insofismável, como decorrência do entendimento de que houve pagamentos a maior, que se opere, em prol do autor, havendo saldo positivo, a ser apurado em liquidação, a repetição simples ou a compensação.

A propósito, colhe-se do Superior Tribunal de Justiça:

Admite-se a repetição e/ou compensação de indébito nos contratos de abertura de crédito em conta corrente ou de mútuo, independentemente da prova de que o pagamento tenha sido realizado por erro, com o objetivo de vedar o enriquecimento ilícito do banco em detrimento do devedor. Precedentes. (AgRg no REsp 861699 / RS, Ministra Nancy Andrighi, j. em 29.11.06).

E desta Corte, no mesmo compasso, haure-se:

A restituição dos valores pagos a maior, com a devida compensação, é viável diante do princípio que obsta o enriquecimento sem causa do credor, bem como do prescrito nos arts. 876 e 368 do CC

vigente (arts. 964 e 1.009 do CC de 1916), sendo desnecessária a prova do erro (art. 877 do atual CC e art. 965 do CC de 1916; e Súmula 322 do STJ), já que neste não se inclui o desacerto quanto a valores, mostrando-se descabida, por outro lado, a devolução de importâncias em dobro (parágrafo único do art. 42 do CDC, art. 940 do vigente CC e art. 1.531 do CC de 1916), uma vez que existente divergência jurisprudencial sobre a matéria e não demonstrada a má-fé do mutuante. (AC n. 2008.039747-1, de Camboriú, rel. Des. Ricardo Fontes, j. em 21.8.08).

Desprovida de razão mostra-se, pois, a insurgência recursal da instituição financeira neste ponto.

II.4. Dos juros remuneratórios

A sentença recorrida declarou a ilegalidade dos juros remuneratórios excedentes à taxa média de mercado utilizada na modalidade contratual *sub judice*, segundo divulgação do Banco Central.

O apelante, no entanto, confusamente, afirma que a sentença fustigada limitou os juros remuneratórios ao 12% (doze por cento) ao ano e, ainda, que está subordinado aos índices médios previstos pelo Banco Central, mas, ao final, requer a manutenção do percentual contratado.

Certo é que prepondera, quanto à matéria, a Súmula 648 do Supremo Tribunal Federal, sendo inaplicáveis o art. 192, § 3º, da CF (revogado pela EC n. 40, de 29.5.03) e a Lei de Usura (Decreto n. 22.626, de 7.4.33) às instituições financeiras e às administradoras de cartão de crédito, com amparo em vasta jurisprudência (STJ, REsp n. 369.787/RS, Rel. Min. Castro Filho, DJU de 1º-3-2004; AGA n. 431.420/RS, Rel. Min. Castro Filho, DJU de 17-2-2003; e Súmula 283; e STF, Súmula 596).

Estatui a Súmula 648 do STF:

648. A norma do § 3º do art. 192 da Constituição revogada pela EC n. 40/2003, que limitava a taxa de juros reais a 12% ao ano, tinha sua aplicabilidade condicionada à edição de lei complementar.

E com o mesmo teor veio a lume a Súmula Vinculante n. 7.

Assim, revogado o art. 192, § 3º, da Constituição Federal, a fixação dos juros remuneratórios tem-se dado com observância ao limite da taxa média de mercado divulgada pelo Banco Central no período do contrato.

Importante salientar o que estabelece a Súmula 296 do STJ:

Os juros remuneratórios, não cumuláveis com a comissão de permanência, são devidos no período de inadimplência, à taxa média de mercado estipulada pelo Banco Central do Brasil, limitada ao percentual contratado. (grifei).

Ademais, esta matéria restou sedimentada pelo Enunciado n. I do Grupo de Câmaras de Direito Comercial, desta Corte, assim expresso:

I – Nos contratos bancários, com exceção das cédulas e notas de crédito rural, comercial e industrial, não é abusiva a taxa de juros remuneratórios superior a 12% (doze por cento) ao ano, desde que não ultrapassada a taxa média de mercado à época do pacto, divulgada pelo Banco Central do Brasil. (grifei).

No caso, portanto, é de ser mantido o comando sentencial, que reduziu os juros contratados a 31,57% (trinta e um vírgula cinquenta e sete por cento) ao ano (taxa média divulgada pelo Banco Central).

Improcede, pois, a postulação.

II.5. Da comissão de permanência

Assevera, o recorrente, a validade da cumulação da comissão de permanência com correção monetária, juros moratórios e multa contratual

Trata-se, contudo, de matéria pacificada neste Tribunal, tendo inclusive vindo a lume o Enunciado III, do Grupo de Câmaras de Direito Comercial, consignando uniformidade intelectualiva no seguinte sentido:

III – É cabível a cobrança da comissão de permanência, exceto nas cédulas e notas de crédito rural, comercial e industrial, quando contratada, respeitado o limite de juros remuneratórios pactuados, desde que não superiores à taxa média de mercado divulgada pelo Banco Central do Brasil, não sendo viável a cumulação do encargo com a correção monetária, juros remuneratórios, multa contratual ou com juros moratórios. (grifei)

Deste modo, inexitoso desvela-se o argumento recursal.

II.6. Do INPC como fator de correção monetária

O apelante pugna pelo afastamento do Índice Nacional de Preços ao Consumidor – INPC como fator de correção monetária do débito.

Também neste aspecto a pretensão carece de melhor sorte, pois, nos precisos termos do art. 1º, do Provimento n. 13/95, da Corregedoria-Geral da Justiça/SC, tem-se:

Art. 1º A correção monetária dos débitos resultantes de decisões judiciais, bem como nas execuções por título extrajudicial, ressalvadas as disposições legais ou contratuais em contrário, a partir de 1º de junho de 1995, deverá ser feita tomando-se por base o INPC [...]

Assim, não merece acolhida este item do apelo.

II.7. Da descaracterização da mora

Sobre a mora, tenho entendimento firmado no sentido de que, se ela deu-se por conta da cobrança de encargos tidos por abusivos, tanto que proscritos pela sentença apelada, descaracterizada está.

Neste sentido, do Superior Tribunal de Justiça, recolhe-se:

CIVIL E PROCESSUAL. AGRAVO REGIMENTAL. CONTRATO DE FINANCIAMENTO COM ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA. CAPITALIZAÇÃO MENSAL DOS JUROS. ENCARGO INDEVIDAMENTE COBRADO. DESCARACTERIZAÇÃO DA MORA. TEMA PACIFICADO. RECURSO

MANIFESTAMENTE IMPROCEDENTE. MULTA, ART. 557, § 2º, DO CPC.

I. A descaracterização da mora ocorre pela cobrança de encargos indevidos, como, no caso concreto, a capitalização mensal dos juros, entendimento amparado na jurisprudência pacificada na 2ª Seção do STJ, nos termos do EREsp n. 163.884/RS, Rel. p/ acórdão Min. Ruy Rosado de Aguiar, e REsp n. 713.329/RS, Rel. p/ acórdão Min. Carlos Alberto Menezes Direito (AgRg no REsp n. 931739 / RS, rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, j. em 3.5.07).

E deste Sodalício tem-se:

APELAÇÃO CÍVEL. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. BUSCA E APREENSÃO. CONVERSÃO EM AÇÃO DE DEPÓSITO. FALTA DE INTERESSE DE AGIR E IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. INOCORRÊNCIA. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO. DESCABIMENTO. SENTENÇA CASSADA. APLICAÇÃO DO ART. 515, § 3º, DO CPC. REVISÃO DAS CLÁUSULAS CONTRATUAIS. POSSIBILIDADE. JUROS REMUNERATÓRIOS. LIMITE. TAXA MÉDIA DE MERCADO. ABUSIVIDADE. RECONHECIMENTO. MORA. DESCARACTERIZAÇÃO. EXTINÇÃO DO PROCESSO. CABIMENTO.

[...]

4. “Uma vez reconhecida a ilegalidade de alguma das cláusulas pactuadas pelas partes para o período da normalidade contratual, está descaracterizada a mora do devedor” (REsp 922992/RS, rel^a. Min^a Nancy Andrighi, DJ de 24-5-2007), [...] (AC. 2007.027314-7, de Joinville, rel. Des. Salim Schead dos Santos, j. em 19.7.07).

Assim, não há falar em mora, na medida em que a inadimplência fundou-se na reconhecida exigência de encargos excessivos, devendo ser desprovido o recurso do banco réu neste aspecto.

III. Da ação cautelar de sustação de protesto

III.1. Do protesto efetuado sobre o pacto revisando e da alegada ausência de requisitos para a concessão do provimento liminar

Visando à reforma da decisão profligada no que tange à ratificação da liminar concedida à fl. 25 dos autos, que sustou o protesto efetuado sobre o título n. 20008143215, vinculado ao contrato revisando, o apelante assevera a legalidade do seu procedimento.

O art. 1º da Lei n. 9.492/97 prevê que o “protesto é o ato pelo qual se prova a inadimplência e o descumprimento de obrigação originada em títulos e outros documentos”.

Assim, verifica-se que o protesto é medida extrema para compelir o devedor a cumprir a obrigação constante do título.

No entanto, considerando a descaracterização da mora operada no presente caso, haja vista a cobrança de encargos abusivos, o protesto do pacto revisando desvela-se inválido, porque ainda não definidos os valores efetivamente devidos pelo apelado.

Nesta senda, faz-se invocável jurisprudência desta Corte:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - REVISÃO CONTRATUAL - TUTELA ANTECIPADA - POSSIBILIDADE EM FEITOS DE CUNHO DECLARATÓRIO - VIABILIDADE DE DEPÓSITO INCIDENTAL DOS VALORES ENTENDIDOS COMO DEVIDOS PELO DEVEDOR - QUANTUM DEBEATUR EM DISCUSSÃO - INSCRIÇÃO DO NOME DO DEVEDOR EM ÓRGÃOS RESTRITIVOS DO CRÉDITO - MEDIDA INDEVIDA - APLICAÇÃO DE MULTA DIÁRIA - POSSIBILIDADE - OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER - ART. 273, §3º DO CPC - PROTESTO DOS TÍTULOS - IMPOSSIBILIDADE - LIMINAR QUE CONCEDE AO DEVEDOR A MANUTENÇÃO DA POSSE DO BEM ALIENADO FIDUCIARIAMENTE - DÉBITO DISCUTIDO EM JUÍZO - DESCARACTERIZAÇÃO DA MORA - DECISÃO MANTIDA - RECURSO IMPROVIDO.

[...]. O entendimento adotado por este Sodalício, é no sentido de que, estando o débito em discussão judicial, não há como possibilitar-se a lavratura do protesto contra o devedor, isto porque, o objeto da ação principal é a alegação, justamente, de ausência de débito e seu desconhecimento, ou mesmo, a revisão do contrato para que, assim, possa apurar-se, efetivamente, o quantum devido.

Neste desiderato, aliás, já se posicionou o egrégio Superior Tribunal de Justiça:

"TUTELA ANTECIPADA - SPC - SERASA.

"Contratos de dívida sub judice. Estando sub judice a matéria relacionada com os contratos e títulos da dívida, cabe deferir o pedido de sustação dos efeitos dos registros e protestos feitos contra os devedores com base naqueles contratos" (REsp. 213580/RJ, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, LEXSTJ 127/202).

Ou, deste Sodalício:

"Pendente discussão acerca do quantum debeat em ação revisional, vedada é a inscrição do nome do devedor nos órgãos de proteção ao crédito e o protesto de títulos, em atenção ao Princípio do Contraditório disposto no art. 5º, inc. LV, da CF/88." (AI n. 01.025153-1, de Joaçaba, Rel.: Des. Fernando Carioni).

Assim, sem adentrar no mérito, porquanto, o agravo de instrumento demanda análise perfunctória da quaestio, é possível verificar, que há plausibilidade do pedido do agravado e ameaça de dano irreparável caso não fosse concedida a medida initio litis, do que presente o requisito do fumus boni iuris.

Ademais, presente o periculum in mora, isto porquanto, o ato notarial do protesto, como é inquestionável, acarreta àquele que tem títulos protestados irrefutáveis prejuízos.

Como acentua Paulo Lúcio Nogueira:

"O protesto é instrumento de prova, não gera direitos não produz obrigações. Mas é inegável que tem reflexos profundos na vida do particular e mormente do comerciante, pois a perda do crédito de quem venha a sofrer protesto é uma das conseqüências mais graves" (in *Questões Cíveis Controvertidas*, 1ª ed., 1975, Sugestões Literárias S/A).

Desta forma, vislumbra-se a ocorrência dos requisitos autorizadores da concessão da medida liminar.

Neste sentido:

"CAUTELAR DE SUSTAÇÃO DE PROTESTO DE CHEQUE. LIMINAR DEFERIDA. ALEGADA AUSÊNCIA DOS PRESUPOSTOS CONCESSIVOS DA MEDIDA PREVENTIVA. INOCORRÊNCIA. FUMUS BONI JURIS E PERICULUM IN MORA PRESENTES.

Não há óbice à concessão da medida liminar se presentes os pressupostos que a norteiam, ou seja, o fumus boni juris - que representa a plausibilidade do direito a ser tutelado - e o periculum in mora, configurado na ameaça de dano de difícil reparação ou que possa comprometer o resultado útil do processo principal.

RECURSO DESPROVIDO." (AI n. 01.000303-7, de Taió, rel. Des. Silveira Lenzi)

"Antecipação de tutela. Vedação da inscrição nos serviços de proteção de crédito. Dívida discutida em juízo. Proibição de registro no SPC, SERASA e similares e de envio de título a protesto.

É vedada a inscrição do nome do devedor nos órgãos de restrição ao crédito, bem como o encaminhamento do título a protesto, se a dívida estiver sendo discutida em juízo." (AI n. 03.015342-0, da Capital, rel. Des. Pedro Manoel Abreu)

Nestes termos, a instituição financeira agravante deve abster-se de encaminhar a protesto os títulos referentes aos contratos discutidos na ação principal, na pendência da lide. (Agravo de Instrumento n. 2004.002714-1, rel. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz, j. 13.5.2004).

Logo, é imperiosa, no ponto, a manutenção da sentença.

III.2. Da negatização do nome do apelado

Havendo discussão do débito em juízo, com verossimilhança nas alegações da autora/apelada em relação à cobrança de encargos excessivos, tanto que proscritos pela sentença recorrida, por certo socorre-lhe o direito de ficar imune a qualquer anotação como inadimplente.

Neste sentido colijo o seguinte julgado, além do anteriormente reproduzido:

Agravo. Ação de revisão de cláusulas contratuais. Contrato de abertura de crédito em conta corrente – Cheque especial. Vedação da inscrição dos nomes dos devedores nos órgãos de proteção ao crédito. Preenchimento dos seguintes requisitos: discussão do débito em juízo; pedido de repetição do indébito e verossimilhança nas alegações de abusividade das cláusulas. Pedido de consignação incidental não formulado. Irrelevância para o caso concreto. Recurso desprovido. (AI n. 2005.04281-4, rel. Des. Nelson Schaefer Martins, j. em 29.9.05).

Deste modo, vedada deve permanecer a inscrição do nome da apelada em cadastros de proteção creditícia até o deslinde do feito, desprovendo-se, de conseguinte, o apelo também neste aspecto.

IV. Do pedido comum a ambos os apelos: ônus sucumbenciais

Almeja o réu a condenação do apelado ao pagamento das custas processuais e de honorários advocatícios, nos dois feitos, pretensão esta que não há, todavia, de ser provida, haja vista o malogro da pretensão recursal.

DECISÃO

Ante o exposto, à unanimidade, conhece-se parcialmente da apelação e nega-se-lhe provimento e não se conhece do agravo retido.

O julgamento, realizado no dia 23 de junho de 2009, foi presidido pelo Exmo. Sr. Desembargador Lédio Rosa de Andrade, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Desembargador José Inácio Schaefer.

Florianópolis, 24 de junho de 2009

João Henrique Blasi
RELATOR

Apelação Cível n. 2004.009774-3, de São Joaquim

Relator: Des. José Inácio Schaefer

INDENIZATÓRIA. Cédula rural pignoratícia. PROAGRO. Enquadramento errôneo. Inobservância de normas e regulamentos correlatos. Cobertura securitária. Negligência da instituição financeira. Dever de indenizar.

O seguro no âmbito rural é um dos instrumentos de política agrícola, expressando relevante interesse social.

A instituição financeira que enquadra de forma equivocada o mutuário no PROAGRO age com negligência, gerando dever de indenizar.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2004.009774-3, da comarca de São Joaquim (2ª Vara), em que é apelante Banco do Estado de Santa Catarina S/A - BESC, e apelado Cleber Nelson Melo e outro:

ACORDAM, em Quarta Câmara de Direito Comercial, por unanimidade, negar provimento ao recurso. Custas legais.

RELATÓRIO

Banco do Estado de Santa Catarina S/A – BESC apelou da sentença proferida pelo Juiz Joarez Rusch na "ação ordinária de indenização por perdas e danos" movida por Cleber Nelson Melo e Nelson Pereira de Melo, insurgindo-se com a solução que determinou fosse pago a estes R\$ 3.846,24, em virtude de seguro decorrente do PROAGRO. Pediu a reforma da sentença sustentando não ter dado causa ao dano suportado

pelos demandantes. Pleiteou, ainda, fosse modificada a sucumbência (fls. 385/389).

Recebido o recurso em ambos os efeitos (fls. 391), vieram contrarrazões aplaudindo a sentença (fls. 394/397).

É o relatório.

VOTO

Cleber Nelson Melo e Nelson Pereira de Melo moveram demanda em face do Besc pretendendo indenização por perdas e danos. Afirmaram ter firmado junto ao demandado Cédula Rural Pignoratícia em 10.11.1998, oportunidade em que lhes foi oferecida adesão ao Programa de Garantia de Atividade Agropecuária – PROAGRO, mediante pagamento de R\$ 269,05. Alegaram que a produção objeto do referido financiamento foi danificada por granizo e que a indenização decorrente do PROAGRO foi negada ante enquadramento errôneo efetuado pelo próprio banco.

Sentença dispôs:

Isto posto, nos autos de ação indenizatória/ordinário n. 063.01.000872-4, em que é autor Cleber Nelson Melo e outro, e réu Banco do Estado de Santa Catarina S/A – BESC, julgo procedente em parte o pedido constante na inicial para condenar o réu ao pagamento do montante de R\$ 3.846,24, acrescidos de juros desde a citação e correção monetária desde o estorno (fl. 381).

O banco questionou essa solução sustentando atuar como agente do Banco Central do Brasil - Bacen na formalização do PROAGRO, a cujo programa os mutuários aderem de forma voluntária. Aduziu que o "enquadramento da operação [...] ocorreu de forma absolutamente legal, à luz dos normativos editados pelo Banco Central do Brasil à época" (fl. 386). Negou ter agido com negligência, razão pela qual não poderia ser responsabilizado pelo sinistro em causa.

Em contrarrazões, os apelados reafirmaram:

No final do mês de novembro de 1998, para sua infelicidade, ocorreu evento granizo, o qual comprometeu quase a totalidade (99%) da produção do seu pomar, conforme comprova o comunicado de perdas e danos e o laudo pericial existente nos autos.

[...]

As providências que cabiam aos apelados para obtenção de tal benefício, foram corretamente realizadas.

Já as providências pelas quais o banco apelante é responsável, foram ponto de indeferimento do pedido do PROAGRO, conforme consta nos autos [...].

Conforme documentos constantes nos autos, fornecidos pelo próprio apelante, restou demonstrado que a desclassificação do custeio de maçã ocorreu por culpa única e exclusiva do recorrente, o qual forneceu crédito agrícola com benefício do PROAGRO, devidamente contratado inclusive com o pagamento em parcela única, sem estar devidamente enquadrado no período estipulado pelo Ministério da Agricultura (fl. 396).

Tais argumentos já haviam constado do pedido inicial e foram acolhidos na sentença, que assentou:

Observa-se que o réu ofereceu e cobrou por um seguro que já não estava mais disponível ao autor, face à época em questão.

O autor, de boa-fé, não poderia jamais imaginar da impossibilidade desta contratação.

O réu agiu com culpa através de preposto que não atentou às diretrizes do PROAGRO, induzindo o autor em erro.

A negativa de cobertura foi, sem sombra de dúvida, por enquadramento errôneo.

Alega o réu que no último julgamento teria sido aventado o indeferimento em razão de o laudo de vistoria fitossanitária e fisiológica do pomar não estar datado e nem constar a data de apresentação ao agente, o que não o invalida, sendo que o projeto cabe ao autor e à EPAGRI.

Ora, o réu atua, como ele mesmo aponta para invocar sua ilegitimidade, como intermediador.

Este intermediador age como preposto do segurado junto ao Banco Central, e, nesta condição, cabe a ele zelar pelo acerto e retidão de todos os documentos que se fazem necessários para o deferimento do PROAGRO.

[...]

A responsabilidade do réu pelos atos de seus prepostos é tão pacífica que afasta maiores considerações.

Os danos causados ao pomar são aceitos pelo réu em sua contestação e tem-se que alcançaram 98/99%.

Todavia, o cálculo efetuado pelo PROAGRO alcançou o montante de R\$ 3.846,24 (fls. 379/380).

Essa solução não merece reparo. O seguro no âmbito rural é um dos mais importantes instrumentos de política agrícola, cobrindo o patrimônio do produtor rural, seus produtos e o crédito para comercialização. Em consequência, torna mais efetiva a norma constitucional que rege a Política Agrícola Nacional:

A política agrícola será planejada e executada na forma da lei, com a participação efetiva do setor de produção, envolvendo produtores e trabalhadores rurais, bem como dos setores de comercialização, de armazenamento e de transportes, levando em conta, especialmente: [...] o seguro agrícola (art. 187, V, da Constituição Federal).

O objetivo maior desses contratos é oferecer coberturas que, ao mesmo tempo, atendam ao produtor e à sua produção, à sua família, à geração de garantias a seus financiadores, investidores, parceiros de negócios, todos interessados na maior diluição possível dos riscos. Sobre o tema, a doutrina leciona:

Sabidamente a atividade agropecuária, a qual envolve a produção e comercialização de produtos rurais, classifica-se com nítida precisão entre aquelas que expressam um interesse social relevante, pois diz

respeito direta ou indiretamente à preservação da vida, da paz social, da ordem pública, como bem atesta a Lei Agrícola.

Dentro deste ângulo de visão [...] na formação do contrato deve ser observado ao menos um dos princípios notáveis trazido pelo art. 422 do Código Civil, que trata da boa-fé (Lutero de Paiva Pereira. Comentários à Lei da Cédula de Produto Rural. 3ª ed. Ed. Juruá: 2005, p. 31).

No caso concreto, a ocorrência do sinistro é incontroversa. Restou demonstrado que a cobertura securitária em causa foi indeferida ante o equívoco no enquadramento realizado pelo banco, agente gestor do PRO-AGRO. Entre os documentos trazidos na inicial e na contestação, destaco o ofício expedido pelo Ministério da Agricultura e do Abastecimento ao Chefe de Divisão do Departamento de Operações Rurais da instituição financeira, onde constou:

Ao exame das Comunicações de Ocorrência de Perdas capeadas pelo expediente DERUR/DIACO – 98/00.514, de 18.02.99, constatamos que os indicativos preconizados pelo Zoneamento Agrícola e divulgados pelo Ministério da Agricultura e do Abastecimento não foram obedecidos, daí o resultando enquadramento indevido no Programa de Garantia da Atividade Agropecuária – PROAGRO.

[...]

A partir da safra 96/97, o Conselho Monetário Nacional determinou fosse restringido o enquadramento no Programa de Garantia da Atividade Agropecuária – PROAGRO apenas às culturas objeto de Zoneamento Agrícola coordenado pela Secretaria da Comissão Especial de Recursos – CER, do Ministério da Agricultura e do Abastecimento – MA.

Destarte, hoje temos que os empreendimentos agrícolas que envolvem as culturas de algodão, arroz, feijão, maçã, milho, soja e trigo somente são enquadrados no PROAGRO mediante irrestrita obediência aos indicativos preconizados pelo Zoneamento Agrícola coordenado pela CER.

[...]

Assim é que o Bacen fez publicar no Diário Oficial de 30.9.98, resolução n. 2.557, de 29.9.98, que dispõe sobre o enquadramento de operações de custeio de lavouras de maçã no Programa de Garantia da Atividade Agropecuária, ressaltando no seu art. 3º que poderiam ser enquadradas no PROAGRO, mediante aditivo, as operações de custeio de maçã contratadas até aquela data.

Tratando-se, pois, dessas lavouras de maçã, cujos indicativos de zoneamento agrícola constam da Portaria n. 21, de 1º.10.98, desta Secretaria, publicada no Diário Oficial da União, edição de 5.10.98, as épocas indicadas para o custeio, e o consequente enquadramento do empreendimento agrícola no PROAGRO, vão de maio a junho (preferencial) e julho a agosto (tolerada).

Portanto, procedimento contrário a esses normativos constitui-se em ato que deve ser corrigido e adaptado às instruções vigentes, como é o caso ora sob apreciação, onde as operações de custeio de maçã, safra 1998/1999, foram indevidamente enquadradas no PROAGRO (fls. 145/146).

Ora, inegável ter o apelante incorrido em erro grave por ocasião do cadastramento, deferindo aos apelados cobertura não mais vigente na data do ajuste da Cédula Rural Pignoratícia em referência - 10 de novembro de 1998. E por esse benefício foi cobrado dos mutuários contraprestação de R\$ 269,05, equivalente a 3,5% do orçamento previsto para a produção financiada – R\$ 7.687,01.

Ademais, o banco não prestou qualquer informação quando do ajuste, silenciando a respeito das novas regulamentações do PROAGRO, as quais deveriam ser de seu conhecimento, na qualidade de agente intermediador do programa. Tal omissão configurou afronta ao princípio da transparência.

São direitos básicos do consumidor: [...] a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem (art. 6º, III, do Código de Defesa do Consumidor).

Assim, tendo a instituição financeira dado causa à negativa do PROAGRO por negligência no enquadramento dos mutuários, aos quais foram geradas falsas expectativas, cabe àquela suportar o pagamento da indenização devida por ocasião do sinistro. Neste sentido, precedente da Corte:

Não envolvendo a causa de pedir e o pedido o seguro PROAGRO propriamente dito, mas a falha do BESC, como agente intermediário, por enquadramento indevido da operação financeira em tal programa, este é legitimado único para responder pela procedência do pedido de indenização, não subsistindo a denúncia do BACEN à lide e a tese de competência da Justiça Comum Federal para julgar o feito.

Incorre em ilícito civil a instituição financeira que, como agente do PROAGRO, procede indevidamente ao enquadramento da operação no programa (antijuridicidade), sem atentar para as épocas em que coberta a atividade rural (culpa), fazendo com que o Ministério da Agricultura desclassifique a operação e infligindo ao produtor (nexo causal) a perda da indenização relativa à degradação da safra (dano), determinante para a formalização do financiamento. Contexto em que se impõe ao intermediário a obrigação de indenizar os valores que seriam devidos em função da garantia, calculados conforme métodos próprios (Apelação Cível n. 2004.009765-4, Rel. Des. Maria do Rocio Luz Santa Ritta, j. em 15.5.2007).

Irreparável, portanto, a sentença nesse tema.

O apelante questionou, ainda, a sucumbência mínima reconhecida em favor dos apelados, argumentando que o pedido inicial teria sido em grande parte rejeitado.

Os apelados pleitearam na exordial indenização relativa ao PROAGRO acrescida dos mesmos índices ajustados na Cédula Rural Pignoratícia (fls. 55/56).

A sentença atendeu o pedido, estabelecendo ressarcimento em R\$ 3.846,24, "acrescido de juros desde a citação e correção monetária desde o estorno" (fl. 381). Logo, o pleito dos apelados foi substancialmente

acolhido, incidindo o disposto no art. 21, parágrafo único, do CPC. O inacolhimento da pretensão relativa a índices de atualização não afasta a aplicação do referido dispositivo, vez que se trata de aspecto secundário do pleito.

Por todo o exposto, nego provimento ao apelo.

DECISÃO

A Câmara, por unanimidade, negou provimento ao recurso, 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. Sr. Des. José Carlos Carstens Köhler.

Florianópolis, 4 de agosto de 2009

José Inácio Schaefer
RELATOR

Apelação Cível n. 2009.006643-8, de Urussanga

Relator: Des. José Inácio Schaefer

Anulatória. Ingresso de sócio em Sociedade Limitada. Concordância dos sócios detentores da maioria das cotas. Insurgência da minoria. Demanda improcedente.

Disposições do contrato social prevendo a concordância de todos os sócios para ingresso de novo sócio não ensejam a desconstituição da alteração contratual procedida mediante a concordância daqueles detentores de mais de oitenta por cento das cotas, tendo em conta a admissão decorrer de cessão gratuita em favor de companheira do sócio doador.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2009.006643-8, da comarca de Urussanga (1ª Vara), em que é apelante Mauro Sérgio Vaccari Minatto e outros, e apelada Empresa Força e Luz de Urussanga Ltda. - EFLUL e outro:

ACORDAM, em Quarta Câmara de Direito Comercial, por votação unânime, negar provimento ao recurso. Custas legais.

RELATÓRIO

Mauro Sérgio Vaccari Minatto e outros apelaram da sentença proferida pela juíza Débora Driwin Rieger Zanini nos autos da ação anulatória e desconstitutiva de atos e deliberações sociais que moveram em face de Empresa Força e Luz de Urussanga Ltda., pretendendo provido o reclamo para ver acolhida a demanda (fl. 316/335).

Recebido o recurso nos efeitos legais (fl. 337), vieram contrarrazões aplaudindo a sentença, pretendendo sua manutenção (fl. 341/345).

Embargos de declaração ofertados por Empresa Força e Luz Urussanga Ltda foram acolhidos com esclarecimento dos honorários advocatícios fixados na sentença para os procuradores dos demandados (fl. 339/345 verso).

VOTO

A sentença julgou improcedente a demanda movida por Mauro Sérgio Vaccari Minatto, Eliane Minatto Feuerschuette, Érica Minatto Feuerschuette e Kárin Minatto Feuerschuette que pediu fosse declarada nula a deliberação realizada na assembléia geral ordinária da empresa Força e Luz de Urussanga Ltda em 29.4.2006 que, por maioria, aprovou o ingresso de Vânia Maria Furlan na sociedade.

A solução considerou que a cláusula 13^a do Contrato Social da referida empresa não obstou a doação de quotas a não sócio, mas apenas a transferência onerosa e, como a cessão ocorreu na vigência do novo Código Civil, os sócios dissidentes com a deliberação da maioria, poderiam exercer o direito de retirada, obtendo o reembolso da participação no capital social, a teor do art. 15, do Decreto n. 3.708/19.

Os apelantes divergiram argumentando que a cláusula ora referida foi aprovada em 11.5.1996, na vigência do Código Civil de 1916 e, por isto, em vigor o art. 1.388 deste e o art. 344 do Código Comercial.

Previu a cláusula debatida:

Os sócios não poderão transferir suas cotas a pessoas estranhas a sociedade sem antes oferecê-las por escrito aos demais sócios que terão direito de preferência na aquisição dentro do prazo de 90 (noventa) dias (fl. 72).

A tese não prospera, pois evidente que a cláusula contratual cuja interpretação é questionada não contemplou a cessão gratuita, mas apenas transferência onerosa.

A sentença assentou:

Ora, havendo doação de cotas, como se exerce o direito de preferência, se não existe nenhuma proposta financeira? A doação é um ato de liberalidade e subjetivo, sobre o qual, a meu sentir, não se pode ter "preferência" (fl. 311).

Ao incursionar pela legislação observou que a doação ocorreu em meados de 2005, e entendeu que o novo Código Civil incidia estando revogadas as disposições do art. 334 do Código Comercial e o artigo 1.388 do Código Civil de 1916, restando o Decreto 3.708/19.

Assim, com fundamento no art. 15 deste diploma legal e art. 1057 do Código Civil, entendeu regular a deliberação questionada, destacando:

Destarte, conforme ata de fl. 36 e considerando-se que a cláusula 13ª do Contrato Social é omissa acerca da doação, consoante já explicitado, a entrada da Sra. Vânia Maria Furlan como sócia foi aprovada por cotistas que representavam 80% do capital social. Em outras palavras: Um quarto do capital social representa 25%. Assim, necessitaria a Sra. Vânia da aprovação de cotistas que detivessem 75% do capital social. Deste modo, obtendo 80% de aprovação, a rejeição alcançou apenas 20% dos cotistas, ou seja, um quinto, menos de um quarto do capital social (fl. 313).

O argumento dos apelantes pretendendo a incidência das normas vigentes quando da alteração contratual estabelecendo a exigência da concordância de todos os sócios, efetuada em 11.5.1996, "portanto, quando ainda vigorava o art. 344 do Código Comercial e o art. 1.388, do Código Civil de 1916", também foi examinado na sentença, quando observou:

Finalmente, a título de argumentação, ainda que se entendesse de forma diversa, ou seja, pela validade da cláusula 13ª do Contrato Social (mesmo em se tratando de doação – não onerosa), note-se que o prazo para exercer o direito de preferência é de 90 dias.

Então, percebe-se que os autores foram notificados da doação das cotas sociais à Sra. Vânia Maria Furlan em dezembro de 2005. No entanto, limitaram-se a discordar da doação, pura e simplesmente, sem, ao menos, realizar qualquer proposta que pudesse amparar

e legitimar o tão debatido direito de preferência. Nesse diapasão, necessário convir que as deliberações societárias, as quais se pretende a anulação, ocorreram em 29/04/2006, vejo que restou fluído, e há muito, o prazo de 90 dias para o exercício da preferência, restando preclusa, nesse momento, qualquer insurgência (fl. 313).

A solução alvitrada no apelo, segundo o qual, prevendo o contrato a cessão de forma genérica, estaria contemplada a doação. Tenho que a cláusula em exame não tem referido alcance, pelas razões já destacadas na sentença e pelo fato desta ter como donatária a companheira do doador.

O argumento pretendendo a incidência da legislação revogada também não socorre os insurgentes, pois na dúvida, em vez do princípio da 'affectio societatis', concepção mais legalista, prestigia-se a interpretação teleológica.

Previu o Código Civil de 2002:

Salvo o disposto em lei especial, as modificações dos atos constitutivos das pessoas jurídicas referidas no art. 44, bem como a sua transformação, incorporação, cisão ou fusão, regem-se desde logo por este Código (art. 2.033).

...

A validade dos negócios e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor deste Código, obedece ao disposto nas leis anteriores, referidas no art. 2.045, mas os seus efeitos, produzidos após a vigência deste Código, aos preceitos dele se subordinam, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução.

Parágrafo único. Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos (art. 2.035).

A relação contratual em causa foi estabelecida ao tempo da vigência do Código Civil de 1916, quando através da 11ª alteração do contrato social da empresa foi estabelecida a cláusula em comento.

Esta, no entanto, inobstante mantida em alterações posteriores (fl. 104/112), inclusive quando já ultrapassado o prazo de um ano para se adaptar às disposições do novo ordenamento (art. 2.031), não se harmoniza com os princípios mencionados na norma ora transcrita.

A doutrina a este respeito alerta:

A operação pode ser interpretada de duas óticas diferentes, porém, ambas com embasamento legal. A primeira delas sustenta-se no argumento de que a função social e a boa-fé são princípios que, apesar de não positivados á época, já norteavam o ordenamento. Se a contratação desrespeitava princípios, seus efeitos já seriam considerados inaceitáveis desde a sua concepção, pouco importando a lei vigente.

A outra se funda em uma visão muito mais legalista e, portanto, fragilizada se colocada em uma discussão aprofundada a respeito da interpretação teleológica. A favor dessa corrente está a teoria do ato jurídico perfeito, segundo o qual um ato se aperfeiçoa se praticado dentro da lei vigente ao tempo da contratação, bem como se efetiva pelo princípio da segurança jurídica das relações sociais. Criado impasse, cabe em última análise, ao julgador, averiguar a que melhor se encaixa na busca da justa aplicação da lei, do justo equilíbrio da relação contratual e ao atendimento da função social do contrato (Aplicação do Novo Código Civil nos Contratos Empresariais. Liliana Minardi Paesani e Elisa Yamasaki Veiga. Editora Manole. 2004. Pg. 7).

Portanto, o argumento dos apelantes não se harmoniza com os novos tempos, notadamente a boa-fé e a função social do contrato, opção clara feita na argumentação da sentença.

Outro argumento trazido no inconformismo diz com o percentual de quorum para a deliberação.

No entanto, restou claro que os dissidentes representam 10% do capital social da empresa Força e Luz de Urussanga Ltda e mesmo desconsiderando os 10% de participação de Antônio Minato, ainda atendido o quorum de 80% na deliberação em causa (fls. 143/145).

E no tema em causa, não bastasse todos os argumentos já ofertados, prestigiando a vontade da maioria qualificada, em doação de metade de quotas de sócio detentor de apenas 10% do capital social, sendo a beneficiária sua companheira de longa data, oportuna a seguinte lição que colho da jurisprudência:

Se na limitada a maioria pode até excluir um sócio minoritário, com mais razão poderá ela modificar contrato, sem necessitar da assinatura do dissidente (RT 499/233, 508/257, 525/266, 535/115, RTJ 93/814, JTACSP 44/37, *apud* Resumo de Direito Comercial de Maximiliano Cláudio Américo Führer, Editora RT, 5ª edição. 1987, pg. 69).

Por todo o exposto, nego provimento ao reclamo.

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 Desembargador Lédio Rosa de Andrade, com voto, e dele participou o Desembargador João Henrique Blasi.

Florianópolis, 23 de junho de 2009.

José Inácio Schaefer
RELATOR

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

APELAÇÕES CÍVEIS

Apelação Cível n. 2009.009261-5, de Balneário Camboriú

Relator: Des. Vanderlei Romer

RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MORAIS E MATERIAIS. MORTE OCORRIDA EM CELA DE DELEGACIA DE POLÍCIA. SUICÍDIO COMPROVADO. CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA. NEXO CAUSAL NÃO DEMONSTRADO. OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR INEXISTENTE. IMPROCEDÊNCIA BEM PRONUNCIADA.

1. “A prisão não determina por si só, e necessariamente, que um preso se suicide. Tal ato depende da exclusiva vontade enferma do suicida.

“Todos os atos de mau funcionamento do aparelho de custódia dos presos, falta de vigilância, de revista, não se relacionam, necessariamente, com um ato exclusivo do suicida que resolve terminar com a vida. Se o Estado pudesse prever a tendência suicida do preso desde que a quase totalidade destes e a quase totalidade de bêbados não se suicidam, e, assim mesmo, proporcionasse, por sua ação, colocando uma arma ao alcance da mão do suicida, haveria aí uma causação, um ato determinante que, por mais evidente que fosse, dependeria, ainda, da vontade do morituro, podendo este frustrá-lo. Não lobrigó, de conseqüência, no fato do suicídio do preso, condenado ou eventual, um ato de

causação do Estado, desde que o ato do autocida corta, rompe a causação que pudesse ter sido iniciada pelo Estado no seu ato de custódia. O preso, de costume, não se mata. Suicida-se alguém que já possui em si o gérmen de doença e que pretende extinguir com a vida. E neste caso, o local, o ambiente, o tempo, não importa, influindo, isto sim, o resultado psíquico negativo limite, a carga enferma máxima psicológica do que atenta contra a vida (RJTJRGS vol. 142, p. 247 e 248)” (Ap. Cív. n. 1997.015379-1, rel. Des. Orli Rodrigues) [...] (Ap. Cív. n. 2007.021398-3, da Capital, rel. Des. Vanderlei Romer, j. em 28-6-2007).

2. A jurisprudência pátria, em que pese posicionamentos em sentido contrário, é majoritária ao afirmar que "a só ocorrência de evento danoso não importa necessariamente na obrigação de indenizar, se inexistente relação de causa e efeito entre a prisão do suicida e sua morte" (RE n. 121130-0/SP, rel. Min. Francisco Rezek, j. em 14-5-1996).

3. *In casu*, a detenção da vítima em uma cela da Delegacia de Polícia, quando se encontrava em estado de ânimo visivelmente alterado, era medida preventiva e necessária para a garantia do bem-estar público. A situação, todavia, não exigia vigilância específica, além daquela dispensada pelo preposto do ente público. Assim, não pode o Estado ser responsabilizado pelo infeliz evento (suicídio), porquanto está comprovado nos autos que foi a própria vítima, no curto espaço de tempo em que esteve detida, quem deu causa ao enforcamento, já que estava sozinha na cela, ou seja, não foi colocada junto de outras pessoas que representassem perigo para sua integridade física, tampouco foi deixado no recinto qualquer material que pudesse ser utilizado para aquele fim. Aliás, os policiais tiveram a cautela de retirar-lhe a arma branca (faca) que portava no momento em que foi detida

e conduzida à Delegacia. Seria irrazoável exigir que para cada indivíduo encarcerado, se dispusesse, em tempo integral, de um agente para protegê-lo de si mesmo.

Não seria justo, por isso, concluir que o Estado deve à família uma indenização pelo só fato de encontrar-se detida a vítima em instalações do poder público.

DESPROVIMENTO DO RECURSO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2009.009261-5, da comarca de Balneário Camboriú (Vara da F. Púb., E. Fisc., A. do Trab. e Reg. Púb.), em que são apelantes Edson Reis e outros, e apelado o Estado de Santa Catarina:

ACORDAM, em Primeira Câmara de Direito Público, por votação unânime, desprover o recurso. Custas legais.

RELATÓRIO

Trata-se de apelação cível interposta por Edson Reis, representado por Isaura Saturnina Reis; Nilton César Venera Júnior, representado por seu pai, Nilton César Venera; e Marcelo Luiz Reis Pimentel, representado por seu genitor, Sérgio Luís Pimentel, contra a sentença que, proferida em ação de indenização por danos morais e materiais proposta contra o Estado de Santa Catarina, julgou improcedentes os pedidos formulados na exordial e condenou os autores ao pagamento dos ônus sucumbenciais, suspensa a exigência, contudo, em razão da concessão do benefício da assistência judiciária.

Aduziram os apelantes, em suma, que a morte da genitora, ocorrida no dia 14-9-2003, deu-se por culpa exclusiva do preposto do ente público, autoridade policial, que manteve detida na Delegacia de Polícia

da comarca de Tijucas a vítima, ao argumento de que aquela apresentava evidente transtorno emocional.

Afirmaram que a conduta do policial revela a negligência do ente público no zelo com a segurança e integridade física da vítima, uma vez que ficou sozinha em uma cela, usando vestimentas que poderiam ser utilizadas na prática de suicídio.

Enfatizaram que não há provas de que a vítima tenha feito uso de substâncias entorpecentes, tampouco ficou comprovado tratar-se de suicídio.

Clamaram, nestes termos, pela reforma da sentença, com a condenação do ente público ao pagamento de indenização pelos danos morais e materiais a que deu causa.

Com as contrarrazões, que clamam pela manutenção do veredicto, os autos alçaram a esta Corte.

Remetidos à douta Procuradoria-Geral de Justiça, seu nobre representante opinou pelo conhecimento e parcial provimento do recurso.

VOTO

Pretendem os apelantes a reforma da decisão que julgou improcedentes os pedidos formulados na inicial.

Argumentam, para tanto, que a morte da mãe, ocorrida no interior de uma cela da Delegacia de Polícia da comarca de Tijucas por meio de enforcamento, deu-se por culpa exclusiva da autoridade policial, que agiu com desídia na segurança e integridade física daquela, o que caracteriza a responsabilidade do ente público de indenizar os danos morais e materiais suportados, com pagamento de pensão alimentícia e 13º salários, devidos a partir do óbito até os 25 (vinte e cinco) anos de idade, para cada autor.

O Estado, por sua vez, defende a aplicação da teoria subjetiva ao caso e sustenta que o infeliz evento (suicídio) ocorreu por ação da própria vítima, que, livre e conscientemente, ceifou sua vida, o que afasta a obrigação de indenizar, já que não configurado onexo de causalidade entre o fato e o dano.

Assevera que os policiais agiram no cumprimento de dever legal ao manter detida a vítima e que a detenção se fez necessária em razão do descontrole emocional e fúria daquela, bem como para resguardar a integridade física de terceiros, que estavam sob suas ameaças. No que concerne à indenização pleiteada, reportando-se à sentença combatida, afirma que é inviável a pretensão, uma vez que os autores não comprovaram a relação de dependência moral e econômica alegada.

Por primeiro, tem-se que, em que pese a existência de precedentes em sentido diametralmente oposto, reputa-se indiscutível que se está diante de responsabilidade objetiva, e cumpre apenas perquirir, *in casu*, se está presente onexo de causalidade entre a ação, ou omissão do Estado, e o evento danoso.

Não se ignora que “o ordenamento constitucional vigente assegura ao preso a integridade física (CF, art. 5º, XLIX) sendo dever do Estado garantir a vida de seus detentos, mantendo, para isso, vigilância constante e eficiente” (TJMS – Ap. Cív. n. 55.252-9, rel. Des. José Augusto de Souza).

Tampouco se desconhece que é obrigação do ente público a preservação da integridade física do preso, com o emprego de todos os meios necessários ao integral desempenho desse encargo jurídico. Não o fazendo, corre o risco de ver caracterizada a responsabilidade civil pelos danos a ele ocasionados, ou, por extensão, a seus parentes.

Yussef Said Cahali, com a perspicácia que lhe é peculiar, observa que “na realidade, a partir da detenção do indivíduo, este é posto sob a guarda

e responsabilidade das autoridades policiais, que se obrigam pelas medidas tendentes à preservação da integridade corporal daquele, protegendo-o de eventuais violências que possam ser contra ele praticadas, seja da parte de seus próprios agentes, seja da parte de outros detentos, seja igualmente da parte de estranhos” (*Responsabilidade Civil do Estado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. p. 175).

Bem por isso, repita-se, há que se cogitar apenas da causalidade do ato praticado pela Administração Pública.

Contudo, deve-se ter em mente que “o princípio da responsabilidade objetiva não se reveste de caráter absoluto, eis que admite o abrandamento e, até mesmo, a exclusão da própria responsabilidade civil do Estado, nas hipóteses excepcionais configuradoras de situações liberatórias – como o caso fortuito e a força maior – ou evidenciadoras de ocorrência de culpa atribuível à própria vítima (RDA 137/233 – RTJ 55/50)” (STF – RE n. 109.516, rel. Min. Celso Mello).

Em valiosa lição, o Ministro Carlos Velloso registra que “a teoria do risco administrativo que foi adotada pela nossa Carta Magna (CF, art. 107, parágrafo único), todavia, inobstante o seu caráter objetivo, admite abrandamentos, vale dizer: a culpa da vítima, desde que comprovada, influi ‘para minorar ou mesmo para excluir a responsabilidade civil do Estado’, preleciona Wilson Melo da Silva, com apoio em Paul Due e Aguiar Dias (ob. cit., p. 147)” (TFR, Ap. Cív. n. 33.552). E, mais adiante, remetendo-se a voto do Min. Thompson Flores, consigna:

[...] embora tenha a Constituição admitido a responsabilidade objetiva, aceitando mesmo a teoria do risco administrativo, fê-lo com temperamentos, para prevenir os excessos e a própria injustiça.

Não obrigou, é certo, à vítima e aos seus beneficiários, em caso de morte, a prova da culpa ou dolo do funcionário, para alcançar indenização. Não privou, todavia, o Estado do propósito de eximir-se da reparação, que o dano defluía do comportamento doloso ou culposos da vítima.

A contrário senso, seria admitir a teoria do risco integral, forma radical que obrigaria a administração a indenizar sempre, e que, pelo absurdo, levaria Jean Derefroidmont (*La Science du droit positif*, p. 339) a cognominar de brutal”.

Com apoio na doutrina e jurisprudência transcritas, e após detida análise dos autos, tem-se que o réu não pode ser responsabilizado pela morte da genitora dos autores.

Isso porque, na espécie, não há dúvida de que o evento decorreu da conduta da própria vítima, fator excludente de causalidade.

Explica-se.

Os autos indicam que na data de 14-9-2003, por volta das 10h30min, a vítima foi encaminhada à Delegacia de Polícia de Tijucas pela prática de delitos de violação de propriedade, danos, tentativa de homicídio com emprego de arma branca (faca). Devido ao seu estado de ânimo alterado, supostamente pelo uso de substâncias entorpecentes, que a fazia agir de forma rude e agressiva, tentando invadir a residência da ex-esposa do seu atual marido para ferir esta e seus filhos, foi detida em uma cela para, após recuperar seu estado psicológico normal, ser liberada.

O comissário de polícia que estava de plantão naquele dia, Vicente Paulo Duarte, após retornar do almoço, por volta das 13h, encontrou a detida sem vida.

Em declaração de fls. 54-56, o policial plantonista afirmou:

Na data do dia 14.09.2003 o declarante estava em serviço como plantonista da delegacia de polícia da comarca de Tijucas, salientando estar sozinho haja vista que os plantões da referida delegacia contam apenas com um policial por dia, sendo que nesta data por volta das 1100 horas, a polícia militar de Canelinha deslocou-se até a Delegacia conduzindo Eliane Aparecida Reis a qual havia se envolvido em vias de fato e danos materiais na residência da vítima Rosilene Albino Leal; Que [...] tem conhecimento tratar-se da ex-mulher do atual companheiro de Eliane; Que também teve

conhecimento de que estas confusões entre Eliane e Rosilene eram constantes em razão de ter o atual companheiro de Eliane, Sérgio Luiz Pimentel, se separado de Rosilene, porém ainda mantinha contatos com a ex-companheira, coisa que desagradava Eliane; que, na hora dos fatos quando o declarante registrava a ocorrência das vias de fatos e de danos Eliane continuava ameaçando dentro da Delegacia a vítima Rosilene, sendo que esta dizia que voltaria na casa dela para terminar de quebrar tudo e matá-la; Que Eliane foi contida por policiais militares de Tijucas que tentaram acalmá-la [...]; que, quando o declarante achava que estava tudo solucionado e inclusive estava liberando ambas para posteriormente ser elaborado o termo circunstanciado, ambas já se encontravam junto a porta da Delegacia, Eliane novamente pulou em Rosilene Albino e a derrubou no chão, agredindo-a, como se estivesse "desvairada", sendo necessário além do companheiro Sérgio, mais o declarante e mesmo assim estava difícil de separá-las, achando o declarante que Eliane estava "chapada" pelo uso de alguma substância entorpecente; Que, quando foi possível separar as duas e como o declarante já estava atendendo uma ocorrência relativa a esbulho possessório de propriedade da União e sob responsabilidade da Prefeitura Municipal e **como o escândalo estava atrapalhando o serviço de atendimento do declarante e Eliane se encontrava incontrolada, não restou nenhuma opção ao declarante a não ser colocá-la em uma das celas do cubículo desta Delegacia, esperando com isto que a mesma se acalmasse e passasse o efeito de possível ingestão de "drogas"; Que Eliane até determinado tempo ficou gritando e reclamando, porém, logo em seguida parecia ter se acalmado um pouco;** Que, desta maneira, já após ter atendido os reclames do Prefeito Municipal e como não tinha mais ninguém na Delegacia para atender e já passava do meio-dia, o declarante achou por bem deslocar-se até o centro da cidade para fazer sua refeição; **Que, ao retornar à Delegacia foi até a cela onde se encontrava Eliane para verificar se já estava bem calma e em condições de ser liberada, pois o declarante temia que nas condições que se encontrava Eliane, esta poderia retornar até a casa da vítima Rosilene, porém ao chegar até a cela foi surpreendido por ter encontrado Eliane desfalecida, com uma blusa de malha enrolada no pescoço e também na grade da cela;** que de pronto o declarante verificou os sinais vitais e verificou que a mesma não mais tinha pulso, lhe parecendo estar morta; Que desta maneira telefonou para o ASU do

Corpo de Bombeiros local, os quais aqui compareceram e também verificaram estar Eliane já em óbito (grifamos).

Consta do Boletim de Ocorrência de fls. 42:

Foi constatado que ao retornar da refeição a detida Eliane Reis encontrava-se enforcada na cela Desta Delegacia, em estado de óbito, com as próprias vestes.

Do Laudo Pericial de fl. 38 colhe-se:

2.3 – No local verificou-se que a vítima utilizou uma blusa de malha de manga longa, com uma das mangas amarradas em um dos ferros da grade metálica da porta da cela, e a outra manga amarrada em volta do pescoço [...]

2.4 – No interior da cela não existia qualquer móvel, e a posição da vítima ou sua indumentária não mostravam sinais característicos de luta corporal.

O laudo cadavérico de fl. 47 confirma como causa da morte a asfixia por enforcamento.

E não se pode cogitar da falta de serviço ou de falha do Estado na guarda da detenta. Ao contrário, conforme demonstram as provas trazidas aos autos, dela foi retirado tudo o que poderia ser usado na prática de um ato desvairado. Outrossim, enfatiza-se, a detenção da vítima era efetivamente necessária para o restabelecimento da ordem e da paz, bem como para a garantia do bem-estar público.

Com muita propriedade consignou o magistrado *a quo*:

Ao passo que os requerentes afirmam que a culpa do requerido está configurada na atitude negligente dos agentes estatais em deter a vítima Eliane dos Reis em cela, nas dependências da Delegacia local, sozinha e desprovida de qualquer amparo e cuidado (fl. 05), o requerido aduz, de forma veemente, que a detenção era extremamente necessária, eis que vinha praticando inúmeros delitos e contravenções e que, por estes motivos, e considerando que a vítima estava descontrolada e em estado psicológico abalado, colocaram-na em

uma cela apropriada e sozinha, para não causar maiores transtornos e não agredir alguém ou ser agredida (fls. 105/106).

Tais assertivas, por si só, afastam a hipótese de dolo, caracterizado na intenção de omitir-se, quando, em certo momento, era obrigatório para o Estado atuar e fazê-lo segundo determinado padrão de eficiência capaz de obstar o evento danoso.

Ademais, o fato do Policial Militar, Sr. Vicente Paulo Duarte, estar de plantão sozinho naquela data, após trancar a vítima na cela, para que esta recuperar seu estado psicológico normal, e passou a atender outra diligência (requerida pelo Prefeito Municipal), afasta a hipótese de haver dolo por parte do requerido, pois não tinha o Policial, na qualidade de agente estatal, a intenção de deixar sozinha a vítima (fls. 54/56).

Aliás, observando atentamente os depoimentos carregados aos autos, conclui-se que a solução adotada pelo miliciano era a mais viável para o caso, eis que a mãe dos requerentes estava sob os efeitos de substância entorpecente desconhecida, alterada e descontrolada.

O cerne da questão está, então, em se extrair a exegese correta do ato que caracteriza a negligência estatal (culpa) e aplicá-la ao caso. A partir daí ter-se-á a precisa noção de procedência do pleito indenizatório (integral ou parcialmente) ou improcedência.

Pois bem, a doutrina socorre:

"(...) Em uma palavra: é necessário que o Estado haja incorrido em ilicitude, por não ter ocorrido para impedir o dano ou por haver sido insuficiente neste mister, em razão de comportamento inferior ao padrão legal exigível.

Não há resposta a priori quanto ao que seria padrão normal tipificador de obrigação a que estaria legalmente adstrito. Cabe indicar, no entanto, que a normalidade de eficiência há de ser apurada em função do meio social, do estado de desenvolvimento tecnológico, cultural, econômico e da conjuntura da época, isto é, das possibilidades reais médias dentro do ambiente em que se produziu o fato danoso" (MELLO, Celso Antônio Bandeira. Curso de Direito Administrativo. 17^a ed., Malheiros: São Paulo, 2004. p. 895/896).

O caminho é claro. Em síntese, para verificar se o requerido impingiu ato omissivo (negligência), o julgador deve atentar-se ao

comportamento padrão legal exigível da época – considerando o meio social, desenvolvimento tecnológico, cultural e econômico –, em outras palavras, atentar às possibilidades médias dentro do ambiente que se produziu o dano.

Na espécie, é fato incontroverso e deve ser, obrigatoriamente, sopesado que a mãe dos requerentes encontrava-se em estado psicológico altamente adulterado em função de uso de alguma substância entorpecente, o que a fez agir de maneira agitada, rude, agressiva e descontroladamente (fls. 04/05, 60/63, 66/71, 73/74).

A vítima, quando da ocorrência, portava instrumento cortante, na tentativa de adentrar na residência e ferir terceiros; gritava e ameaçava a moradora e seus filhos menores, que segundo consta era a ex-esposa e filhos do seu marido; quebrava as janelas, danificava o imóvel e atacava com pedras. Foi necessário, para contê-la, o emprego da força de 03 (três) homens (fls. 60/61, 62/63).

Quando do encaminhamento desta até as dependências da Delegacia de Tijucas, continuou a ameaçar a moradora, seus filhos e aos Policiais que operaram na ocorrência, dizendo que assim que fosse liberada, voltaria àquela casa para matá-los (fl. 60). Lavrada a ocorrência e advertida formalmente, ainda na Delegacia e na presença dos Policiais, agrediu novamente a Sra. Rosilene, sendo necessário detê-la novamente (fl. 60).

Após todo o acontecimento e considerando que a vítima estava visivelmente descontrolada pelo uso de substância entorpecente – o que por si só já é suficiente – e afirmando que consumiria as agressões ditas contra a Sra. Rosilene e seus filhos, os Policiais, temendo mal maior, acharam melhor conter a mãe dos autores em uma cela até que esta retomasse seu estado normal. E assim o fizeram.

Na cela, a Sra. Eliane Reis ainda por certo tempo gritava e apresentava sinais fortes de alteração (fl. 55).

Considerando as possibilidades que os agentes estatais tinham naquela ocasião, principalmente o estado da vítima, a atitude de trancá-la em uma cela até que esta retomasse ao pleno discernimento era a medida mais apropriada ao caso.

Diga-se de passagem que os Policiais Militares, antes de deterem a mãe dos requerentes na cela, recolheram a faca que esta possuía, a

fim de evitar qualquer agressão a si própria e a terceiros, compreendidos aí os próprios agentes estatais (fl. 44, 62).

De mais a mais, enforcou-se com a própria roupa e o laudo pericial de fls. 37/42 comprova tais fatos, especialmente que a vítima possuía em seu poder apenas as vestes corporais, não havia qualquer móvel e não havia sinais de luta corporal, o que leva a presumir que os agentes estatais agiram no estrito cumprimento de seus deveres, ao obstar que esta adentra-se naquele recinto com qualquer instrumento que possivelmente poderia lhe causar algum mal.

Não há, pois, qualquer negligência por parte dos agentes estatais. Muito pelo contrário, em consonância com os ensinamentos narrados e observando as peculiaridades do caso, verifica-se que tais agentes agiram em conformidade com o permitido e com o que era preciso dentro dos limites dos seus deveres e funções, mantendo a ordem, a segurança pública e a paz daquela comunidade, inclusive, revistando a vítima e retirando todo e qualquer material perigoso de seu poder.

Em resumo, o serviço prestado pelo requerido foi adequado ao caso, porquanto a expectativa de todos era apaziguar a situação e aguardar que a mãe dos requerentes retornasse ao seu estado normal.

Por outro lado, lembre-se que a mãe dos autores foi colocada numa cela sozinha, sem outras detentas, quer dizer, afastando o risco de lesão à sua integridade física por terceiros, ou até mesmo que ela viesse agredir outras pessoas. Nem sequer se pode dizer que houve omissão no alojamento dela em cela individual, ou que faltou revistá-la na busca de objetos aptos a causar ferimentos, pois o suicídio foi praticado com as próprias vestes, e não era exigível que a despissem ou qualquer atitude do gênero para evitar o cometimento do ato extremo contra a vida. Ou seja, não era imaginável esperar que ela viesse a se suicidar.

O fato de que determinado agente estatal, plantonista, saiu das dependências da Delegacia de Polícia para atender outra ocorrência não gera, por si só, ato omissivo do dever de vigilância do requerido.

O Estado não agiu deficientemente. Agiu dentro dos limites das suas possibilidades, assegurando as condições médias para o caso em exame, comportando-se dentro dos padrões necessários, não caracterizando ilícito de natureza omissiva.

[...]

Compulsando os autos verifica-se que tal atitude era reiterada, vez que, na data de 29, 30 de abril de 2000, Policiais Militares atenderam ocorrência análoga, quando a vítima agredia outra mulher, atirando pedras em carros, em visível estado de agitação, tendo embatido esforço físico contra estes, tentando até mesmo 'comer uma ficha de ocorrência da qual conseguiu se apossar', sendo necessários dois homens para detê-la (fl.51).

Nesta data a vítima possuía apenas 17 anos de idade! (fls. 252 -253) (grifamos).

Bem se vê, portanto, que a morte da mãe dos autores, ocorrida no interior de uma cela da Delegacia de Polícia da comarca de Tijucas, decorreu de ato voluntário daquela. Não há falar, pois, em deficiência do serviço público.

Outrossim, em que pese as declarações dos policiais, de que a falecida supostamente teria feito uso de substâncias entorpecentes, dado o seu estado emocional alterado, nada há nos autos a comprovar que efetivamente estivesse ela sob a influência de drogas.

Tampouco se colhe do conjunto probatório qualquer indício de que apresentasse algum distúrbio psíquico que exigisse vigilância específica.

Aliás, a própria mãe da vítima, em depoimento prestado à fl. 192, afirma que esta "não tinha problema psicológico evidenciado".

Seria irrazoável exigir, então, que para cada preso se dispusesse, em tempo integral, de um agente prisional para protegê-lo de si mesmo.

Em ilustrada lição, Rui Stocco nos diz:

Embora a lei civil codificada não faça qualquer menção à culpa da vítima como causa excludente da responsabilidade civil, a doutrina e o trabalho pretoriano construiu a hipótese, pois como se dizia no Direito Romano: *Quo quis ex culpa sua damnum sentit, intelligitur damnum sentire*.

Como ensina Aguiar Dias, a conduta da vítima como fato gerador do dano elimina a causalidade.

Realmente, se a vítima contribui com ato seu na construção dos elementos do dano, o direito não se pode conservar alheio a essa circunstância.

Da idéia da culpa exclusiva da vítima, que quebra um dos elos que conduzem à responsabilidade do agente (o nexos causal), chega-se à concorrência de culpa, que se configura quando a essa vítima, sem ter sido a única causadora do dano, concorreu para o resultado, afirmando-se que a culpa da vítima "exclui ou atenua a responsabilidade, conforme seja exclusiva ou concorrente" [grifamos] (Aguiar Dias, op. cit., n. 221).

Quando se verifica a culpa exclusiva da vítima, tollitur quaestio: incurrere indenização. (...). O que importa, no caso, como observam Alex Weill e François Terré, é apurar-se se a atitude da vítima teve o efeito de suprimir a responsabilidade do fato pessoa do agente, afastando a sua culpabilidade (Droit Civil, Les Obligations, n. 635, p. 647; Malaurie e Aynès, ob. cit., n. 59, p. 5, apud Caio Mário, op. cit., p. 269) (*Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 89).

Em caso análogo, esta Corte assim se manifestou:

RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – MORTE DE PRESO OCORRIDA NAS DEPENDÊNCIAS DE ESTABELECIMENTO PRISIONAL – SUICÍDIO COMPROVADO – CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA CARACTERIZADA – DEVER DE INDENIZAR INEXISTENTE – RECURSO DESPROVIDO.

Não se desconhece o dever do Estado de assegurar aos presos o respeito à integridade física e moral (art. 5º, XLIX, CRFB), bem como a sua obrigação de fiscalizar e preservar segregação na prisão.

Entretanto, não se considera legítima a atribuição da responsabilidade civil ao Estado pela morte de preso, que, por ato voluntário e exclusivo, comete suicídio, tendo em vista, inclusive, a comprovação de que não houve negligência por parte do ente público e seus agentes, que atuaram oportunamente, tomando as providências necessárias

para que tal fato não viesse a acontecer (Ap. Cív. 2005.010068-0, de Mondaí, rel. Des. Nicanor da Silveira, j. em 30-3-2005).

Ainda:

RESPONSABILIDADE CIVIL – INDENIZATÓRIA – DANOS MORAIS E MATERIAIS – PRISÃO EM FLAGRANTE – SUICÍDIO DO CONDUZIDO – ALEGAÇÃO DE OMISSÃO DO ESTADO – INEXISTÊNCIA DE NEXO DE CAUSALIDADE – FATO EXCLUSIVO DA VÍTIMA

1 A pessoa jurídica de direito público responde objetivamente pelos danos originados em evento propiciado por conta de omissão específica, quando tinha o dever de agir e impedir o resultado danoso. Se a omissão for genérica, responderá subjetivamente, cabendo a análise de culpa em uma de suas vertentes.

2 O suicídio de detento não gera ao Poder Público, por si só, o dever de indenizar os danos materiais e morais reclamados por seus dependentes. Inexistentes elementos probatórios de que o de cujus necessitava de cuidados especiais e não demonstrado que houve omissão específica ou culpa em uma de suas modalidades, resta afastada a responsabilidade do Estado, ante o fato exclusivo da vítima (Ap. Cív. n. 2008.025121-6, de Lages, rel.: Des. Luiz César Medeiros, j. em 11-9-2008).

Da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, retira-se:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DETENTO QUE PRÁTICA SUICÍDIO DEPOIS DE SER PRESO POR EMBRIAGUEZ. INOCORRÊNCIA DE RESPONSABILIDADE DO ESTADO.

A só ocorrência do evento danoso não importa necessariamente na obrigação de indenizar, se inexistente relação de causa e efeito entre a prisão do suicida e sua morte.

Recurso extraordinário não conhecido (RE n. 121130-0/SP, rel. Min. Francisco Rezek, j. em 15-5-1996).

E do voto condutor do aresto extrai-se excerto, no que interessa:

Em cela absolutamente segura, onde o extinto não foi posto ao lado de qualquer pessoa que representasse perigo para sua integridade

(como acontecera nos precedentes em que esta Corte deu guarida à postulação familiar), o que aconteceu foi um infortúnio, por conta do qual não é justo, não é de bom direito, entender-se que o Estado deve à família uma indenização, que o Estado deve, segundo a teoria da responsabilidade objetiva e pelo só fato de encontrar-se detido o suicida em instalações de domínio público, ressarcir a família.

Ademais, tendo os familiares conhecimento da instabilidade emocional da vítima, que, diga-se, já tinha passagem pela polícia também por agressão, não podem agora pretender transferir para o poder público a responsabilidade pelo infeliz evento.

Diante desse contexto, o voto é pela confirmação da sentença e, por conseguinte, pelo desprovimento do recurso.

DECISÃO

Ante o exposto, a Câmara decidiu, por votação unânime, desprover o recurso.

O julgamento, realizado no dia 9 de junho de 2009, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Newton Trisotto, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz.

Florianópolis, 23 de junho de 2009.

Vanderlei Romer

RELATOR

Apelação Cível n. 2009.019911-5, de Cunha Porá

Relator: Des. Vanderlei Romer

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. EXTRAVIO DE AUTOS QUANDO CONCLUSOS PARA A SENTENÇA. POSTERIOR RESTAURAÇÃO OBTIDA SEM PREJUÍZO AO ADEQUADO DESLINDE DA LIDE ORIGINÁRIA. DANO PATRIMONIAL HIPOTÉTICO. DANOS MORAIS, NO ENTANTO, PRESUMÍVEIS. SENTENÇA REFORMADA NESTA PARTE.

"O Estado não pode ser condenado a indenizar danos hipotéticos; a sua responsabilidade, conquanto *objetiva por força do disposto no artigo 107 da Emenda Constitucional n.º 1/69 (e, atualmente, no § 6º do artigo 37 da Carta Magna), não dispensa, obviamente, o requisito, também objetivo, do nexo de causalidade entre a ação ou a omissão atribuída a seus agentes e o dano causado a terceiro* (RE n.º 130.764, Min. Moreira Alves) [...]" (Apelação Cível n. 2003.017184-3, da Capital, rel. Des. Newton Trisotto, j. 20-10-2003). Na espécie, o requerente formulou o pedido de restauração dos autos, e estes o foram com a preservação da integridade original, isto é, sem prejuízo ao apropriado deslinde daquela lide. Portanto, evidente é o resultado útil obtido com o procedimento judicial instaurado, e o dano patrimonial experimentado, neste momento, é apenas hipotético, já que a ação principal, restaurada, pende de julgamento e somente lá se apurará, ou não, o respectivo resultado quanto ao dano material.

Os danos morais advindos ao autor, por sua vez, são presumíveis diante do prolongamento injustificado da incerteza quanto ao resultado final da lide por ele interposta. A culpa do Estado-juíz, ademais, está evidenciada não só pela incúria do absurdo e inaceitável desaparecimento dos autos quando conclusos para a sentença, mas também pela inépcia dessa autoridade,

que, somente após decorridos mais de 13 (treze) anos desde o ajuizamento da ação, verificou que se tratava de causa para a qual competente é a Justiça do Trabalho. A dor, a angústia e o sofrimento mostram-se mais evidentes ante a natureza reparatória pretendida nos autos desaparecidos: remuneração pecuniária pela amputação de antebraço esquerdo. Casos assim impõem reflexão sobre a responsabilidade pessoal dos agentes do Estado, como de há muito vem apregoando formadores da opinião pública, o que pode ser observado no Sistema de Controle de Resenha – SCR do Poder Judiciário de Santa Catarina, de 28-7-2009, que traz interessante matéria publicada na Folha de São Paulo do mesmo dia, onde o advogado e professor da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Leonardo Isaac Yarochevsky, diz "que a morosidade do Judiciário e as falhas [...] só serão reduzidas quando juízes e promotores passarem a ser responsabilizados pelos seus atos" e acrescenta que "a partir do momento que começarem a responsabilizar a pessoa do promotor, do juiz, do desembargador que comete abusos, arbitrariedades, que deixa de julgar, e eles forem responsabilizados civilmente e criminalmente, não o Estado como instituição, aí pode ser que a coisa mude".

RECURSO PROVIDO PARCIALMENTE.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2009.019911-5, da comarca de Cunha Porã (Vara Única), em que é apelante Claudir Luiz Fey, e apelado o Estado de Santa Catarina:

ACORDAM, em Primeira Câmara de Direito Público, por votação unânime, julgar procedente o recurso com relação ao pedido de indenização por danos morais. Custas de lei.

RELATÓRIO

Claudir Luiz Fey ajuizou ação de indenização contra o Estado de Santa Catarina. Aduziu, em síntese, que ingressou com a Ação de Indenização n. 021.96.000012-8 contra sua ex-empregadora, decorrente de acidente de trabalho, e, após 3 (três) anos e 5 (cinco) meses de conclusão dos autos para a sentença, foi constatado o extravio deles, situação que lhe resultou enorme prejuízo, mormente em razão da demora na prestação jurisdicional e na impossibilidade de restauração da prova pericial. Suscitou, então, a responsabilidade civil do ente público por culpa da magistrada sentenciante em conservar o processo judicial e pleiteou indenização por danos morais, patrimoniais, lucros cessantes e perdas e danos.

Após a contestação, sobreveio a sentença que, em julgamento antecipado da lide, considerou improcedente o pedido e, por via de consequência, condenou o autor ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, fixados estes em 10% do valor atualizado da causa, com a ressalva do art. 12 da Lei n. 1.060/50.

Inconformado, o vencido interpôs recurso de apelação. Repisou a responsabilidade da magistrada e do Poder Judiciário pelo extravio dos autos e ressaltou a existência de danos pela necessidade da restauração do processo, especialmente diante do tempo decorrido desde o acidente de trabalho que o vitimou. Salientou, ademais, a satisfação dos requisitos da responsabilidade civil do réu e postulou a reforma integral do veredicto.

O Estado de Santa Catarina apresentou contrarrazões. Asseverou, preliminarmente, a intempestividade do apelo, ao argumento de que a peça original do recurso foi juntada após o prazo de 5 (cinco) dias, determinado pelo art. 2º da Lei n. 9.800/99. No mérito, afirmou a prescrição da pretensão, com base nos arts. 1º e 10 do Decreto n. 20.910/32 c/c os arts. 189, 206 e 2.028 do Código Civil, uma vez que a constatação do extravio dos autos ocorreu em 29-4-2002 e, somente depois de ultrapassados 3

(três) anos, é que o autor providenciou a sua restauração. Sustentou, por derradeiro, que não houve comprovação da impossibilidade de restauração das provas produzidas no processo original e, portanto, os danos alegados são hipotéticos.

VOTO

A certidão de fl. 57 expressamente consigna que a original da petição do recurso foi trazida no prazo legal. Assim, não há contrariá-la, pois essa informação, prestada por escritã judicial, tem fé pública.

Dito isso, afasta-se a alegação de intempestividade e conhece-se do recurso.

Consta dos autos e do Sistema de Automação do Judiciário – SAJ, que o autor, em 30-1-1996, ajuizou a Ação n. 021.96.000012-8 contra Abílio Valzirio Gollmann e Madeireira Central Ltda., com o objetivo de obter indenização por acidente de trabalho.

Após juntadas as alegações finais pelos litigantes, o escrivão judicial da Vara Única da comarca de Cunha Porá, em 29-4-2002, certificou:

Certifico para os devidos fins que, a requerimento verbal da parte interessada, revendo os livros de registros de Autos Cíveis deste Cartório Judicial e em consulta ao SAJ - Sistema de Automação do Judiciário, deles verifiquei que os autos da Ação Ordinária de Indenização por Danos Morais nº 021.96.000012-8, onde figura como autor CLAUDIR LUIZ FEY, assist. p/ pai Luis Paulo Fey e réus MADEIREIRA CENTRAL LTDA e ABILIO VALCÍRIO GOLLMANN, não foi localizado até o presente momento, apesar dos incessantes esforços despendidos por este Cartório Judicial, e visando proceder a competente restauração, foi confeccionada, a pedido da parte autora, a presente certidão, sendo devidamente instruída com os extratos do processo junto ao SAJ - Sistema de Automação do Judiciário -, com os termos originais de audiência e dos depoimentos pessoais das partes, bem como de 02 (duas)

testemunhas do autor relativamente à audiência de instrução e julgamento realizada em 26/05/1998, às 14:00 horas.

Dado e passado nesta cidade e Comarca de Cunha Porã (SC), aos vinte e nove (29) dias do mês de abril (04) do ano dois mil e dois (2.002).

O referido é verdade e dou fé.

A restauração dos autos foi declarada por sentença em 17-10-2003.

Interposta a Apelação Cível n. 2004.003200-5 pelos réus da ação original, o recurso, em 11-12-2008, foi desprovido, e a decisão, em 2-3-2009, transitou em julgado.

Pois bem. Nestes autos, o demandante pleiteia indenização em razão do extravio dos autos. Argumenta a ocorrência de prejuízos de ordem patrimonial e moral, especialmente pelo atraso na obtenção da prestação jurisdicional.

O fundamento principal dos danos alegados, então, é a descomunal demora na entrega da prestação jurisdicional, retardada pelo extravio dos autos. Nesses termos, consoante bem destacou o magistrado Clayton Cesar Wandscheer, não há falar em prescrição, pois a situação ainda persiste, na medida em que a ação indenizatória cujos autos foram restaurados ainda não foi julgada.

No mais, com razão também o magistrado sentenciante com relação ao dano patrimonial, uma vez que no "caso em comento, [...] não há demonstração de qualquer dano ao autor" (fl. 43).

Isso porque, apesar de os autos originais terem sido extraviados, segundo a decisão deste Tribunal de Justiça, na Apelação Cível n. 2004.003200-5, foi possível a sua restauração, sem prejuízo às provas lá produzidas. Confira-se o respectivo julgamento:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE RESTAURAÇÃO DE AUTOS. INÉPCIA DA INICIAL NÃO VERIFICADA. PETIÇÃO QUE PREENCHE OS REQUISITOS DO ART. 1.064 DO CPC. DESAPARECIMENTO DE PROCESSO CONCLUSO PARA SENTENÇA ATESTADO POR CERTIDÃO CARTORÁRIA. PRETENDIDO SOBRESTAMENTO DO PROCESSO ENQUANTO NÃO APURADA A RESPONSABILIDADE PELO EVENTO. CONVERSÃO DO JULGAMENTO EM DILIGÊNCIA PARA OUVIDA DA MAGISTRADA RESPONSÁVEL PELA COMARCA À ÉPOCA DA OCORRÊNCIA. MEDIDAS DESNECESSÁRIAS. INVESTIGAÇÃO QUE PODE CORRER PARALELAMENTE À AÇÃO DE RESTAURAÇÃO. MÉRITO. JUNTADA DE CÓPIAS BASTANTES PARA A SOLUÇÃO DA LIDE ORIGINAL. DESNECESSIDADE DE REPETIÇÃO DE PROVAS. PROCESSO QUE COMPORTA JULGAMENTO IMEDIATO. CUSTAS PROCESSUAIS. DESAPARECIMENTO OCORRIDO SEM CULPA DAS PARTES. ÔNUS DO ESTADO. SENTENÇA MANTIDA.

Em ação de restauração de autos, não se caracteriza a inépcia quando a petição inicial preenche os requisitos do artigo 1.064 do Código de Processo Civil.

Não se acolhe pedido de sobrestamento da ação de restauração enquanto não apurada a culpa pelo desaparecimento do processo, nem de conversão do julgamento do apelo em diligência para a oitiva de magistrado, quando não se vislumbrar o benefício da medida requestada.

A juntada, pelas partes, de cópia de documentos originais suficientes à prolatação de sentença no processo desaparecido basta para a procedência da ação de restauração de autos.

Quando não se puder imputar a nenhuma das partes a culpa pelo desaparecimento de autos, os ônus sucumbenciais serão suportados pelo Estado (Apelação Cível n. 2004.003200-5, de Cunha Porá, rel. Des. Luiz Carlos Freyesleben, j. 11-12-2008).

Oportuna é a transcrição de excerto do voto:

[...] Melhor sorte não se reserva aos apelantes naquilo que diz com a pretendida produção de prova testemunhal e pericial. Inicialmente é preciso dizer que se sabe que, pela certidão expedida pelo

cartório judicial (fl. 89), o processo original estava concluso para sentença, indicando que a fase instrutória encerrara-se e que a lide reunia condições de julgamento. Depois, é de dizer-se que não há motivos para restabelecer-se a fase de provas, nem para reeditar-se a ouvida das testemunhas inquiridas pelo juiz de direito, porquanto encontrem-se nos autos cópia do termo de audiência e depoimentos testemunhais a ele pensados (fls. 25/34).

Quanto a repetir-se a prova pericial, tem-se que o juiz de direito houve-se com inteira correção quando entendeu de indeferir a pretensão dos apelantes quanto à facção de um novo laudo.

Não se ignora que o parágrafo segundo do artigo 1.066 do Código de Processo Civil determina que "**não havendo certidão ou cópia do laudo, far-se-á nova perícia, sempre que for possível e de preferência pelo mesmo perito**". Contudo, em que pese as partes não terem anexado à restauração cópia do laudo pericial instrutor da ação indenizatória, o documento não é essencial à solução da lide, pois, na ação indenizatória, o autor visa à reparação dos danos morais, materiais e estéticos dimanados de acidente de trabalho, mormente porque, em tese, a lesão causou-lhe a invalidez.

Em tal contexto a prova pericial perde importância porque a jurisprudência pátria tem entendido que a invalidez atestada pelo órgão previdenciário oficial basta como prova do dano, sendo de pouca valia a busca da conclusão da perícia oficial perdida.

Em tal sentido o julgamento da Apelação Cível n. 2006.017143-1, da Capital:

"A aposentadoria concedida pelo órgão ancilar oficial, no caso o INSS, precedida de exames de inegável rigidez, é prova hábil à comprovação da invalidez do segurado, ainda que as regras regentes dos benefícios ofertados pelo órgão previdenciário oficial e aqueles oferecidos pelos seguros privados não se confundam quanto às suas naturezas" (deste Relator, j. 28/06/2007).

No mesmo sentido foram decididas as Apelações Cíveis n. 2002.014356-7, da Capital, Rel. Des. Carlos Prudêncio, j. 05/11/2002, e n. 2003.014322-0, da Capital, Rel. Des. Wilson Augusto Nascimento, j. 20/10/2003, entre outras.

Para além disso, a ausência da prova de que se trata, em tese, só prejudicaria o autor, maior interessado em comprovar a ocorrência do dano que alega ter-lhe causado a invalidez.

Cabe lembrar que os réus sequer negaram a ocorrência do acidente, limitando-se a discutir a culpa pelo evento e suas conseqüências, que podem ser verificadas, até mesmo, por meio da leitura dos depoimentos testemunhais de fls. 26/34. Por último, mas não menos importante, ainda no tocante à desnecessidade de reedição do laudo pericial, está o fato de a leitura da cópia dos memoriais apresentados pelas partes na ação original revelar os trechos do laudo pericial que interessam aos litigantes, pelo que é possível conhecer as conclusões do perito pela manifestação das partes.

Em face desses motivos, penso, como pensou o Juiz de Direito, ser desnecessária a realização de novos laudos periciais para a prolatação de sentença nos autos da ação original.

Como conseqüência, declaram-se restaurados os autos, devendo o processo seguir seus ulteriores termos, nos termos do artigo 1.067 do Código de Processo Civil. [...] (grifo no original).

Assim, ainda será viável, nos autos da ação indenizatória restaurada, a obtenção da prestação jurisdicional pelo autor. E, consoante observou o Estado de Santa Catarina (fls. 67-68), em caso de procedência final do pedido, aquele receberá o que de direito retroativamente, computado o período da demora.

Além do mais, conforme enfatizou a sentença (fls. 43-44):

[...] não há certeza sobre o direito do autor à indenização naquela ação, de modo que não há como especificar qual efetivo prejuízo que o autor sofreu, pelo menos por ora.

[...] a (im)procedência dos pedidos formulados na ação indenizatória é mera expectativa de direito, ou seja, não há certeza sobre o sucesso daquela demanda interposta pelo autor. Portanto, não se pode falar em prejuízo certo.

Pablo Stolze Gagliano e Rodrigo Pamplona Filho explicam que: "somente o dano certo, efetivo, é indenizável. Ninguém poderá ser obrigado a compensar a vítima por um dano abstrato ou hipotético."

(Novo Curso de Direito Civil, vol. III, Responsabilidade Civil, 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 43).

Carlos Alberto Menezes Direito e Sérgio Cavalieri Filho dizem que: "O dano é, sem dúvida, o grande vilão da responsabilidade civil. Não haveria que se falar em indenização, nem em ressarcimento, se não houvesse dano. Pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem dano. [...] Tanto é assim que, sem dano, não haverá o que reparar, ainda que a conduta tenha sido culposa ou até dolosa. Se o motorista, apesar de ter avançado o sinal, não atropelou ninguém, nem bateu em outro veículo, se o prédio desmorona por falta de conservação do proprietário, mas não atinge nenhuma pessoa ou outros bens, não haverá o que indenizar. [...] Indenização sem dano importaria em enriquecimento ilícito; enriquecimento sem causa para quem a recebesse e em pena para quem a pagasse, porquanto, o objetivo da indenização, sabemos todos, é reparar o prejuízo sofrido pela vítima, reintegrá-la ao estado em que se encontrava antes da prática do ato ilícito." (Comentários ao Novo Código Civil, Da Responsabilidade Civil, das preferências e privilégios creditórios, arts. 927 a 965, vol. XIII, Coordenador Sálvio Figueiredo Teixeira, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 94).

Como dito pelos doutrinadores, a indenização tem como objetivo fazer a parte retornar ao estado em que se encontrava antes do ato ilícito. Ocorre que, no caso dos autos, a parte autora continua no mesmo estado em que já se encontrava ao tempo do denominado ato ilícito.

Logo, não perceptível dano patrimonial concreto, não há indenizar dano hipotético.

A propósito, cita-se precedente deste Tribunal de Justiça, que retrata hipótese semelhante:

RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA - EXTRAVIO DE AUTOS - PEDIDO DE RESTAURAÇÃO NÃO FORMULADO - AUSÊNCIA DE PROVA DE PREJUÍZO DECORRENTE DA PERDA DOS DOCUMENTOS ACOSTADOS - PRETENSÃO INDENIZATÓRIA INFUNDADA

1. O Estado não pode ser condenado a indenizar danos hipotéticos; a sua responsabilidade, conquanto "*objetiva por força do disposto no artigo 107*

da Emenda Constitucional n.º 1/69 (e, atualmente, no § 6º do artigo 37 da Carta Magna), não dispensa, obviamente, o requisito, também objetivo, do nexo de causalidade entre a ação ou a omissão atribuída a seus agentes e o dano causado a terceiro" (RE n.º 130.764, Min. Moreira Alves).

2. Não tendo a autora postulado a restauração dos autos extraviados (CPC, arts. 1.063 a 1.069), a responsabilidade do Estado pela reparação dos danos decorrentes da falha do serviço judiciário pressupõe prova de que nenhum resultado útil obteria a parte se fossem restabelecidos. Inexistente essa prova, o dano é apenas hipotético (Apelação Cível n. 2003.017184-3, da Capital, rel. Des. Newton Trisotto, j. 20-10-2003).

Na espécie, ao contrário do julgado acima, o requerente formulou o pedido de restauração dos autos, e estes o foram com a preservação da integridade original, isto é, sem prejuízo ao adequado deslinde daquela lide. Portanto, evidente é o resultado útil obtido com o procedimento judicial instaurado.

Com relação aos danos morais, entretanto, estes são presumíveis. Tais danos, como cediço, dispensam a demonstração concreta do prejuízo íntimo ocasionado. É que, no âmbito do dano moral, o dever reparatório nasce do simples fato da violação.

Nesse sentido é a lição do mestre Rui Stocco:

A causação do dano moral independe de prova, ou melhor, comprovada a ofensa moral o direito à indenização desta decorre, sendo dela presumido.

Desse modo a responsabilização do ofensor origina do só fato da violação do *neminem laedere*.

Significa, em resumo, que o dever de reparar é corolário da verificação do evento danoso, dispensável, ou mesmo incogitável, a prova do prejuízo (Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial, 4. ed, São Paulo: Ed. RT, 1999, p. 722).

Ademais, acerca dos danos morais, ensina Claxton Reis:

Todo mal causado ao estado ideal das pessoas, resultando mal-estar, desgostos, aflições, interrompendo-lhe o equilíbrio psicológico, constitui causa eficiente para a obrigação de reparar o dano moral (Dano Moral, 4. ed., Forense, 1995, p. 86).

Na hipótese, embora a inicial traga descrição sucinta e tênue da causa de pedir "danos morais", é ela perfeitamente inteligível quando aponta o longo, injustificável e irrazoável tempo de tramitação do processo, sem qualquer perspectiva próxima ou remota de solução (os autos desapareceram, foram restaurados, e depois de 13 (treze) anos na Justiça Estadual sem que nada de útil acontecesse, esta se deu por incompetente, momento em que determinou a remessa do processo à Justiça do Trabalho, com o retorno à estaca zero), gerando para o autor um compreensível estado de indefinição com pesada carga de angústia e sofrimento.

Esse estado interior de sofrimento, quiçá de pânico, até mais se justifica diante da natureza reparatória pretendida: ressarcimento pecuniário pela amputação de antebraço esquerdo.

O desespero de quem se encontra em tal situação, além do mais desempregado (fl. 2), pode ser compreendido por qualquer inteligência mediana. Isso não é dano hipotético, ao contrário do que se dá com os danos materiais e mesmo com os morais a outro título, qual seja, pelo dano estético.

A culpa do Estado-juiz está evidenciada não só pela incúria do absurdo e inaceitável desaparecimento dos autos quando conclusos para a sentença, mas também pela inépcia dessa autoridade, que, somente após decorridos mais de 13 (treze) anos desde o ajuizamento da ação, verificou que se tratava de causa para a qual competente é a Justiça do Trabalho.

Casos assim impõem reflexão sobre a responsabilidade pessoal dos agentes do Estado, como de há muito vem apregoando formadores da opinião pública, o que pode ser observado no Sistema de Controle de Resenha – SCR do Poder Judiciário de Santa Catarina, de 28-7-2009, que traz interessante

matéria publicada na Folha de São Paulo do mesmo dia, onde o advogado e professor da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Leonardo Isaac Yarochevsky, diz "que a morosidade do Judiciário e as falhas [...] só serão reduzidas quando juízes e promotores passarem a ser responsabilizados pelos seus atos" e acrescenta que "a partir do momento que começarem a responsabilizar a pessoa do promotor, do juiz, do desembargador que comete abusos, arbitrariedades, que deixa de julgar, e eles forem responsabilizados civilmente e criminalmente, não o Estado como instituição, aí pode ser que a coisa mude".

Diante disso, sopesados os elementos atinentes ao arbitramento dos danos morais, fixam-se-os em R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), quantia que atende às finalidades punitiva e reparatória inerentes à espécie.

Sobre essa quantia, incidem correção monetária desde esta data (arbitramento) e os juros legais a contar do evento danoso (Súmula 54 do STJ), isto é, 29-4-2002, data em que foi certificado o extravio dos autos.

Por todo o exposto, o voto é pelo provimento parcial do recurso.

DECISÃO

Ante o exposto, a Câmara decidiu, por votação unânime, julgar procedente o recurso com relação ao pedido de indenização por danos morais.

O julgamento, realizado no dia 7 de julho de 2009, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Newton Trisotto, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Sérgio Roberto Baasch Luz.

Florianópolis, 4 de agosto de 2009.

Vanderlei Romer
RELATOR

Apelação Cível n. 2008.071720-2, da Capital

Relator: Des. Sérgio Roberto Baasch Luz

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DEMOLITÓRIA – OBRA CONSTRUÍDA SEM AUTORIZAÇÃO DO MUNICÍPIO – DESRESPEITO AO EMBARGO ADMINISTRATIVO – DESOBEDIÊNCIA AO AFASTAMENTO MÍNIMO DA MARGEM DO RIO (ART. 2º, "A", 2, DA LEI 4.771/65) – ÁREA DE PRESERVAÇÃO COM USO LIMITADO – INEXISTÊNCIA DE ACESSO PÚBLICO OFICIAL – EDIFICAÇÃO QUE EXCEDE O GABARITO – IMPOSSIBILIDADE DE REGULARIZAÇÃO – PREPONDERÂNCIA DO DIREITO COLETIVO AO MEIO AMBIENTE SADIO E EQUILIBRADO EM DETRIMENTO DO DIREITO À MORADIA – REFORMA DA SENTENÇA QUE INDEFERIU O PLEITO DEMOLITÓRIO AJUIZADO PELO MUNICÍPIO – RECURSO PROVIDO.

Considerando que restou comprovado nos autos que a construção foi realizada sem a devida autorização do Município, bem como que é impossível regularizar tal situação eis que a obra não obedece aos afastamentos mínimos estabelecidos em lei, cabível, pois, a *actio* demolitória.

"Como a construção é atividade sujeita a licenciamento pelo Poder Público, a ausência de licenciamento para construir faz presumir um dano potencial à Administração e à coletividade, consistente na privação do exame do projeto e na possibilidade de insegurança e inadequação da obra às exigências técnicas e urbanísticas." (*Hely Lopes Meirelles*. Direito de Construir. RT, 3 ed., p. 185).

"Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. O direito ao meio ambiente equilibrado é de cada um, como pessoa humana, independentemente de sua nacionalidade,

raça, sexo, idade, estado de saúde, profissão, renda ou residência. (...) Por isso, o direito ao meio ambiente entra na categoria de *interesse difuso*, não se esgotando numa só pessoa, mas se espraiando para uma coletividade indeterminada." (MACHADO, Paulo Afonso Leme. Direito ambiental brasileiro. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 116)

É hialino que o meio ambiente, direito de terceira geração, de interesse difuso e coletivo, das presentes e futuras gerações, deve estar sobreposto aos interesses individuais, mormente nos casos em que verifica-se flagrante o desrespeito às normas de proteção a natureza.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2008.071720-2, da comarca da Capital (Unidade da Fazenda Pública), em que é apelante Município de Florianópolis, e apelado Luiz Otávio Cabral:

ACORDAM, em Primeira Câmara de Direito Público, por votação unânime, dar provimento ao recurso. Custas na forma da lei.

RELATÓRIO

Trata-se de apelação cível interposta pelo Município de Florianópolis contra a sentença que, na ação demolitória ajuizada pelo ente público em face de Luiz Otávio Cabral, julgou improcedente o pedido com base no princípio da proporcionalidade, entendendo que o direito à moradia, neste caso, encontra-se em patamar superior ao bem ambiental. Condenou, ainda, o Município ao pagamento de honorários advocatícios fixados em R\$1.000,00.

Nas suas razões de apelação o Município assevera que, a construção edificada na propriedade do apelado é clandestina e irregular porquanto realizada sem licença e em área de preservação. Aduz que o fato de existirem nos arredores moradias em igual situação a do apelado, não lhe serve de justificativa para descumprir a lei. No mais, salientou que o princípio da proporcionalidade não pode elevar o direito à moradia ao *status* de direito absoluto, sobrepujando-o em detrimento da preservação do meio ambiente, do ordenamento urbano e da função social da propriedade (fls. 244/251).

Contra-razões às fls. 255/267.

Instada a se manifestar, a Douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Procurador Paulo Cezar Ramos de Oliveira, opinou pelo provimento do recurso, a fim de que seja reformada a sentença no sentido de condenar o apelado à demolição da obra (fls. 272/276).

É o relatório.

VOTO

Trata-se de apelação cível interposta pelo Município de Florianópolis contra a sentença que, na ação demolitória ajuizada pelo ente público em face de Luiz Otávio Cabral, julgou improcedente o pedido, com base no princípio da proporcionalidade, entendendo que o direito à moradia, neste caso, encontra-se em patamar superior ao bem ambiental.

Entre as principais atribuições constitucionais dos municípios podemos citar aquela lhes confere a competência para "*promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle de uso, do parcelamento e da ocupação solo urbano*" (art. 30, VIII, CRFB/88).

Nesse diapasão, constata-se que o intuito do constituinte foi o de incumbir aos Municípios a tarefa de planejar o desenvolvimento urbano

e fiscalizar o uso adequado da propriedade, com o fim de garantir aos munícipes condições de bem-estar social.

Para dar efetividade ao cumprimento das normas urbanísticas, cabe ao Município também o poder de polícia, com imposição de atos comissivos ou omissivos, aos proprietários e possuidores de imóveis e construtores, a fim de coibir abusos e exigir dos administrados a observância de suas obrigações de fazer ou não fazer impostas na legislação.

No caso, verifica-se que o apelado foi inobservante aos mandamentos da legislação municipal, eis que realizou construção no seu imóvel sem que lhe tenha sido aprovado o projeto nem tampouco concedida licença para tanto, conforme se depreende do embargo de fl. 14 e do auto de infração de fl. 15.

O Código de Obras do Município de Florianópolis (Lei Complementar n. 60/2.000) é claro ao determinar que:

"Art. 17 Todas as obras de construção, reconstrução, ampliação, reforma, transladação e demolição de qualquer edificação, ou alteração de uso, e ainda as obras de movimento de terra, como cortes, escavações e aterros, deverão ser precedidas dos seguintes atos administrativos:

I - aprovação de projeto;

II - licenciamento da obra."

Verificando-se desobediência ao que determina o preceito indigitado, o mesmo Diploma Legal prevê ainda, de acordo com o caso, a possibilidade da imposição de embargo à obra, ou até mesmo a sua demolição, veja-se:

"Art. 52 Poderá ser imposto o embargo sempre que constatada irregularidade na execução de obra, seja pelo desatendimento às disposições deste código ou pelo descumprimento de normas técnicas ou administrativas na construção licenciada, principalmente nos seguintes casos:

I - execução de obras ou instalação de equipamentos sem o alvará de licença, quando necessário;

[...]

V - quando estiver ocorrendo dano ao meio ambiente, aos imóveis vizinhos ou aos logradouros e próprios públicos;"

"Art. 57 A demolição total ou parcial de uma edificação, de um equipamento ou muro poderá ser imposta nos seguintes casos:

I - quando executados sem licenciamento ou em desacordo com o projeto licenciado, ou ainda desobedecendo os alinhamento e/ou nivelamento fornecidos;"

Cediço que o art. 333, inciso I, do CÂnone Processual, incumbe ao autor o ônus de provar, quanto ao fato constitutivo do seu direito. Pelo que se apresenta, depreende-se que o apelado não provou ter preenchido os preceitos elencados no Código de Obras do Município, para fazer jus ao alvará que lhe autorizasse a construir, daí o fato da autoridade municipal lançar mão do seu poder de polícia para o fim de demolir a obra, que, gize-se, não é passível de legalização.

Isso é o que confirma o laudo de vistoria n. 30/2007, exarado pela SUSP (fls. 176/180). Da vistoria realizada restou comprovado que a obra excede o gabarito estipulado para a região (dois pavimentos) e está edificada em área de preservação com uso limitado e sem contar com acesso público oficial, além do que desrespeita o afastamento de 50 metros da margem do rio, que naquele ponto possui mais de 10 metros de largura, conforme dispõe o art. 2º do Código Florestal. A conclusão é a seguinte: "*Não há possibilidade de legalização da edificação vistoriada.*"

Muito embora esta tenha sido a conclusão consignada no laudo de vistoria, o apelado insiste na possibilidade de regularização da obra, alegando, para tanto, a existência de acesso público oficial que leva ao local, bem como respeito ao distanciamento de 30 metros de afastamento da margem

do rio, conforme preceitua a legislação. Um pouco tarde para o apelado buscar a regularização do seu imóvel, até porque verifica-se impossível.

Daí concluir que a demolição da edificação é legítima, uma vez que realizada clandestinamente, e sem possibilidade de legalização. Saliente-se, por oportuno, que não deve o Poder Público agir de forma tolerante em relação às edificações clandestinas em áreas de preservação, pois, se assim não o for, estará estimulando a sua proliferação, com o que acarretará a degradação do meio ambiente em detrimento de toda a comunidade que busca um bem ambiental equilibrado.

Destarte, além da violação à legislação municipal, de igual forma constata-se que houve desrespeito às normas ambientais, posto que a construção foi erguida em área de preservação com uso limitado sem que houvesse acesso público oficial, e sem o devido afastamento do leito do rio que corre defronte a construção objeto da demanda, como estabelece a Lei 4.771/65, no seu art. 2º, "a", 2, o que acaba por lesar, tanto a Administração quanto a coletividade.

Essa lição reverbera nos ensinamentos do mestre *Hely Lopes Meirelles*:

"Como a construção é atividade sujeita a licenciamento pelo Poder Público, a ausência de licenciamento para construir faz presumir um dano potencial à Administração e à coletividade, consistente na privação do exame do projeto e na possibilidade de insegurança e inadequação da obra às exigências técnicas e urbanísticas." (Direito de Construir. RT, 3 ed., p. 185).

A jurisprudência desta Casa de Justiça é remansosa no sentido de considerar irregulares tanto as obras edificadas com inobservância da legislação municipal como aquelas realizadas em área de preservação permanente, *mutatis mutandis*:

"ADMINISTRATIVO. NUNCIAÇÃO DE OBRA NOVA C/C DEMOLITÓRIA. EDIFICAÇÃO CLANDESTINA. AUSÊNCIA

DE ALVARÁ DE CONSTRUÇÃO. ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. DUNAS. PRETENSÃO DEMOLITÓRIA APOIADA NO INERENTE PODER DE POLÍCIA DO ENTE PÚBLICO. IMPOSSIBILIDADE DE REGULARIZAÇÃO DA OBRA. SENTENÇA REFORMADA. PROVIMENTO DO RECURSO ADESIVO E DO REEXAME NECESSÁRIO. APELO DA RÉ DESPROVIDO.

1. De acordo com a Lei Municipal aplicável ao caso (Lei n. 1.246/74), a construção ou reforma de uma casa só pode ser feita mediante aprovação do projeto e licença para construir, de modo que é clandestina a obra construída sem a observância de tais exigências. Em casos tais, autoriza a legislação sob epígrafe a demolição da edificação (art. 48).

2. É agravante o fato de a munícipe ter continuado a execução da obra após os embargos administrativo e judicial. Não menos relevante é a impossibilidade de se regularizar a construção por estar inserta em área de preservação permanente. Destarte, manifesta a clandestinidade da obra, é de rigor sua demolição." (Apelação Cível n. 2007.052124-4, da Capital, rel. Des. *Vanderlei Romer*, j. 16.12.2008)

"Tratando-se de construção irregular, assim considerada aquela não autorizada ou licenciada pelo órgão municipal competente, a demolição da obra se impõe. "A construção clandestina, por não ter alvará de licença ou de autorização, pode ser embargada e demolida, porque em tal caso o particular está incidindo em manifesto ilícito administrativo, já comprovado pela falta de licenciamento do projeto, ou por sua inteira ausência" (Hely Lopes Meirelles)." (Apelação Cível n. 2006.022587-5, de Gaspar, rel. Des. *Cid Goulart*, j. 12.12.2006)

Nada obstante, o apelado mostrou-se relapso ao ato administrativo de embargo, desprezando-o, e dando continuidade as obras até concluí-las. Coadunando o expendido, verifica-se impossível dar efetividade ao princípio da função social da propriedade para o fim de resguardar o direito de moradia do apelado, mormente porque este era cômico das irregularidades que circundavam as obras realizadas no seu imóvel, pois, como o próprio afirmou na peça contestatória, "*O Requerido é agrônomo, estando portanto*

bem familiarizado com a legislação de proteção ambiental" (fl. 41). Desse modo, há que se concluir, portanto, que o apelado assumiu o risco de ter sua residência demolida.

No que toca a uma possível infringência ao princípio da isonomia ou da impessoalidade, pelo fato dos demais imóveis da região encontrarem-se em situação idêntica, é de se destacar que *"No que pertine à invocação do direito à igualdade de tratamento administrativo (art. 5º, caput, da CRFB), a demolição a obra do apelante não tem como resultado a lesão a tal direito, em face de outras alegadas irregularidades no mesmo local, pois todos são iguais perante a lei para cumpri-la e não para desrespeitá-la."* (AC. 00.010987-8, da Capital. rel. Des. Volnei Carlin, j. em 06.09.2001).

Corroborando o esposado, outro precedente desta Corte:

"APELAÇÃO CÍVEL – NUNCIAÇÃO DE OBRA NOVA C/C DEMOLITÓRIA – OBRA EM DESACORDO COM O CÓDIGO DE URBANIZAÇÃO MUNICIPAL – CONSTRUÇÃO EM FASE FINAL – IRRELEVÂNCIA DA EXISTÊNCIA DE OUTRAS EDIFICAÇÕES IRREGULARES – PEDIDO DE DEMOLIÇÃO DA ÁREA EXCEDENTE AO PERMITIDO – IMPOSSIBILIDADE – PERIGO DE ABALO ESTRUTURAL — HONORÁRIOS PERICIAIS – AUSÊNCIA DE PROVA TÉCNICA – DEFENSOR DATIVO – ARBITRAMENTO DE HONORÁRIOS – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

[...]

A existência de outras obras clandestinas em situação semelhante à embargada não é argumento idôneo para justificar e/ou tolerar a irregularidade da construção, sobretudo porque os abusos e as violações da lei devem ser coibidos, nunca imitados – non exemplis sed legibus est judicandum. Além de configurar manifesto ilícito administrativo, há flagrante desrespeito aos interesses de toda a coletividade." (AC n. 2004.014781-3, da Capital. Rel. Des. Rui Fortes, j. em 22.02.2005).

Quanto a sobreposição conferida pelo togado singular ao direito de propriedade em face do direito ambiental, é forçoso ressaltar que ao

longo dos séculos, o direito foi sendo lapidado em decorrência do dinamismo das relações sociais presentes no seio da sociedade. Em virtude desses fatos, direitos vão adquirindo supremacia em detrimento de outros. Nessa senda, *Luís Carlos Silva de Moraes* assinala que, "*o desenvolvimento do Direito leva a uma constante adaptação da regra de proteção e da escala de importância de cada bem jurídico em relação aos demais. É o que ocorre com o Direito Ambiental.*" (Curso de direito ambiental. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 15)

No Brasil é possível constatar, pois, o *status* que a Constituição Federal conferiu ao direito ambiental, elevando-o ao nível de bem coletivo e de uso comum do povo, nos seguintes termos:

"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."

José Rubens Morato Leite (Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000) e *Nicolao Dino de Castro e Costa Neto* (Proteção jurídica do meio ambiente. Belo Horizonte: Del Rey, 2003) ao comentarem sobre o espaço ocupado pelo Direito Ambiental no ordenamento jurídico são bastante contundentes, segundo esses autores, além de ser um bem coletivo e de uso comum do povo, conforme previsto na constituição, o direito ao ambiente ecologicamente equilibrado e sadio é um direito fundamental do homem e que está intimamente ligado à dignidade humana.

Verificando-se o *status* de direito fundamental conferido ao ambiente ecologicamente equilibrado e sadio, e sobretudo como inerente à dignidade humana, pode-se apontar, então, o surgimento de uma nova classe, qual seja, a do direito ambiental como um direito de terceira geração.

Com efeito, *Luís Carlos Silva de Moraes* professa que, a chegada a essa nova classe deu-se a partir do momento que se atribuiu ao Estado a

proteção do interesse coletivo, ou, no caso, a entrega da tutela jurídica ambiental. (Curso de direito ambiental. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006)

Em que pese toda a proficiência dos autores até então mencionados, é nas palavras do jus filósofo Norberto Bobbio, que esse novo direito encontra melhor acolhida, sendo este, um dos primeiros juristas a sair em defesa desse novo ramo do direito.

Norberto Bobbio, em meados da década de 80, já prenunciava a iminência do Direito Ambiental, como direito do homem, quando afirmava: "*nos movimentos ecológicos, está emergindo quase que um direito da natureza a ser respeitada ou não explorada, onde as palavras "respeito" e "exploração" são exatamente as mesmas usadas tradicionalmente na definição e justificação dos direitos do homem.*" (A era dos direitos. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 69)

Seguindo suas ensinanças, o filósofo italiano elevou ainda o direito de viver num ambiente equilibrado e sadio, como o mais importante dos direitos de terceira geração:

"Ao lado dos direitos sociais, que foram chamados de direitos de segunda geração, emergiram hoje os chamados direitos de terceira geração, que constituem uma categoria, para dizer a verdade, ainda excessivamente heterogênea e vaga, o que nos impede de compreender do que efetivamente se trata. O mais importante deles é o reivindicado pelos movimentos ecológicos: o direito de viver num ambiente não poluído." (op. cit. 1992, p. 6).

Dúvidas não restam quanto a importância que o jus filósofo Norberto Bobbio emprestava ao direito a um meio ambiente sadio, como direito de toda a coletividade.

Da obra de *Paulo Afonso Leme Machado*, extraem-se ensinamentos nesse mesmo sentido:

"Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. O direito ao meio ambiente equilibrado é de cada um, como pes-

soa humana, independentemente de sua nacionalidade, raça, sexo, idade, estado de saúde, profissão, renda ou residência. (...) Por isso, o direito ao meio ambiente entra na categoria de *interesse difuso*, não se esgotando numa só pessoa, mas se espraiando para uma coletividade indeterminada." (Direito ambiental brasileiro. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 116)

Reforçando todo o exposto, traz-se à colação decisão do nosso Supremo Tribunal Federal dando guarida ao meio ambiente, e fazendo referência a este bem, como direito de terceira geração e de titularidade coletiva.

Colhe-se da jurisprudência daquele Egrégio Tribunal:

"[...]

A questão do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado – direito de terceira geração – princípio da solidariedade – o direito a integridade do meio ambiente – típico direito de terceira geração – constitui prerrogativa jurídica de titularidade coletiva, refletindo, dentro do processo de afirmação dos direitos humanos, a expressão significativa de um poder atribuído, não ao indivíduo identificado em sua singularidade, mas, num sentido verdadeiramente mais abrangente, a própria coletividade social. Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identifica com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade. Considerações doutrinárias." (MS 22164, rel. Min. *Celso de Mello*, STF, Tribunal Pleno, DJU 17.11.1995)

Diante do esposado é possível visualizar que a abrangência e a relevância da matéria que ora se discute transpassa o limite do individual para alcançar o coletivo. Desse modo, é inadmissível dar-se tratamento a uma

questão de forma individualizada, quando o que se está a discutir atinge toda uma coletividade.

Em que pese todo o senso humanitário externado pelo juiz *a quo*, que trouxe brilhante fundamentação na sua decisão, e reconheceu o direito constitucional de moradia como fundamental, asseverando que "[...] *as regras urbanísticas e ambientais são relevantes, (mas) mais importante é impedir que a incidência delas vulnere valores constitucionais superiores*", não se pode compartilhar desse entendimento.

Como bem ressaltou *Carlos Gomes de Carvalho*, "*O Direito Ambiental, a mais nova e promissora das disciplinas jurídicas, nasce com a simultânea missão de procurar estabelecer a predominância dos interesses coletivos sobre o do indivíduo e o de propor a instauração de um novo conceito da relação entre o Homem e a Natureza.*" (O que é direito ambiental: dos descaminhos da casa à harmonia da nave. Florianópolis: Habitus, 2003. p. 135).

Coadunando o expedindo, restou cristalino que o meio ambiente, direito de terceira geração, de interesse difuso e coletivo, das presentes e futuras gerações, deve estar sobreposto aos interesses individuais, mormente em casos como este, em que o desrespeito às normas de proteção a natureza salta aos olhos.

Por fim, ressalte-se que o direito de propriedade não tem o condão de resguardar em absoluto o direito de edificar, esse é o entendimento pacificado nessa Corte: "*O direito de construir não é absoluto, estando limitado pelo direito de vizinhança e pelos regulamentos editados pelo Poder Público (CC, art. 572). Ipso facto, o solo criado não desvincula o direito de edificar do direito de propriedade, pois é apenas uma limitação de natureza administrativa imposta pelo município como consequência de seu dever de organizar o aglomeramento da população e o ordenamento territorial nos centros urbanos (CF/88, art. 30, VIII).*" (Apelação Cível em Mandado de

Segurança n. 2004.028345-5, da Capital, rel. Des. *Luiz César Medeiros*, j. 14.12.2004)

Nesse mesmo norte, merecem transcrição as percucientes palavras do E. Des. Vanderlei Romer, que reiterou: "[...] *como cedição, o direito de propriedade não é absoluto, encontrando limitação no direito de vizinhança, nas normas públicas para a construção civil e na legislação ambiental, devendo sempre prevalecer o interesse público.*" (Agravo de instrumento n. 2003.017957-7, da Capital, rel. Des. *Vanderlei Romer*, j. 26.04.2004)

Por todo o exposto, é de se reformar a sentença de primeiro grau, para autorizar o Município de Florianópolis a proceder na demolição da edificação objeto da demanda, bem como, determina-se a inversão dos ônus sucumbenciais.

DECISÃO

Ante o exposto, por votação unânime, dá-se provimento ao recurso.

O julgamento, realizado no dia 7 de abril de 2009, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Newton Trisotto, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Vanderlei Romer.

Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, lavrou parecer o Dr. Paulo Cezar Ramos de Oliveira.

Florianópolis, 8 de abril de 2009.

Sérgio Roberto Baasch Luz
RELATOR

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA

Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 2009.016076-7, de Jaguaruna

Relator: Des. Subst. Ricardo Roesler

MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. PROFESSOR DE ARTES. CANDIDATA APROVADA COM HABILITAÇÃO DIVERSA (FORMAÇÃO EM MATEMÁTICA). EDITAL QUE, ENTRE OS REQUISITOS NECESSÁRIOS, APONTA AQUELES PRESCRITOS POR LEI MUNICIPAL (LEI N.º 1.223/07). EXIGÊNCIA DE FORMAÇÃO ESPECÍFICA NA ÁREA DE ATUAÇÃO DO CARGO. DISCUSSÃO ACERCA DA NÃO-INCIDÊNCIA DA NORMA, EM FACE DA DISPOSIÇÃO DE VACÂNCIA, DETERMINANDO SEUS EFEITOS PARA PERÍODO POSTERIOR AO CONCURSO. IMPROPRIEDADE. DISPOSIÇÃO TRANSITÓRIA ESPECÍFICA, DETERMINANDO A CONTRATATAÇÃO DE PROFISSIONAIS COM FORMAÇÃO ESPECÍFICA, A CONTAR DA PUBLICAÇÃO DO DIPLOMA. POSSIBILIDADE, ADEMAIS, DE INCORPORAÇÃO PELO EDITAL, DAS NORMAS CONSTANTES NAQUELA LEI, COMO SE NELE FOSSEM DIRETAMENTE INSCRITAS. RECURSO PROVIDO. SENTENÇA REFORMADA. REMESSA PREJUDICADA.

Por força do primado da vinculação ao edital, somente poderá ser exigido do candidato a cargo público os requisitos que estiverem delineados no instrumento convocatório, ou a que este fizer

referência. No caso, o edital, não obstante exigisse "habilitação em curso da área do magistério", fez constar como requisitos ao ingresso nos respectivos cargos aqueles prescritos pela legislação municipal, entre eles o de formação específica na área de atuação de magistério (art. 4.º, I, da Lei n.º 1.223/07. Não obstante conste da lei, como norma geral, determinado período de vacância, há disposição própria, de caráter transitório, impondo a contratação de professores com formação específica a partir de sua publicação (art. 38). Não há, na espécie, antinomia, havendo imperativa necessidade de compatibilizar-se ambos os dispositivos. De qualquer sorte, posto que se considerasse em sentido amplo a *vacatio legis*, em nada mitigaria a exigência, pois que referendada pelo edital, como se nele fosse escrita.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 2009.016076-7, da comarca de Jaguaruna (Vara Única), em que é apelante Prefeito Municipal de Jaguaruna, e apelada Silvana Coelho Dal Toé Cruz:

ACORDAM, em Segunda Câmara de Direito Público, por votação unânime, dar provimento ao recurso e julgar prejudicada a remessa. Custas na forma da lei.

RELATÓRIO

Irresignado com a decisão que conferiu à impetrante a ordem de mandado de segurança postulada, o Município de Jaguaruna interpôs recurso.

Em síntese, a recorrida impetrou ordem de mandado de segurança tendo em vista que, aprovada em concurso público para o cargo de professor de artes, lançado pelo edital n.º 001/2007, foi-lhe negada nomeação, tendo

em vista deter habilitação em matemática, e não específica da cátedra para qual foi aprovada.

Aduziu que o edital não exigia formação específica, cuja observação, indispensável, não permitia a imposição, por ocasião da apresentação de documentos, a exigência de formação específica. Ressaltou, ademais, que já é aluna do curso de artes, e que eventual exigência de formação específica deveria então ser exigida condicionando sua posse à conclusão do curso.

Postulou a concessão de liminar para que lhe fosse dado posse e nomeação no cargo aprovado. No mérito, postulou a manutenção da medida.

Postergada a análise da liminar, foram prestadas informações em fls. 105-114, afirmando a autoridade coacta que o ingresso no cargo exigia a observância da legislação específica, não suprimindo o requisito, por isso, a formação de magistério em área diversa.

O Ministério Público, em parecer de fls. 264-269, opinou pelo indeferimento da ordem.

A liminar e a ordem foram concedidas (fls. 270-274), ao fundamento de que a legislação invocada para justificar a habilitação no concurso não vigia à época do certame. Asseverou, ainda, a ausência de previsão pontual no edital.

Sobreveio o recurso, repisando a matéria já ventilada, e afirmando a necessidade de formação específica em face da disciplina traçada pela LDB. O Município defendeu, ainda, a incidência da Lei Municipal n.º 1.223/07.

Houve contrarrazões (fls. 323-327).

Nesta instância, o órgão oficiante do Ministério Público opinou pelo conhecimento e desprovisionamento do recurso (fls. 346-349).

Vieram os autos para julgamento.

VOTO

Trato de recurso de apelação interposto pelo Município de Jaguaruna, em face da ordem concedida à recorrida.

Em síntese, a recorrida impetrou ordem de mandado de segurança contra o Sr. Prefeito Municipal de Jaguaruna, tendo em vista que, aprovada no concurso para o cargo de professora de artes, fora-lhe negada a posse, ao fundamento de que não dispunha de habilitação específica.

A recorrida, com efeito, tem formação em matemática, conforme identifica os documentos juntados. Alegou, porém, que o edital não requeria formação específica, mas tão-somente "*habilitação obtida em curso de nível superior de duração plena na área do magistério*", que é de fato o que consta do instrumento convocatório (fl. 22).

O ponto central do embate, portanto, é a suposta ausência de previsão específica no edital, o que, aliás, serviu de mote à concessão da segurança. Suponho, contudo, que não seja a hipótese dos autos.

A par do critério identificado no corpo do edital (habilitação em curso de nível superior) o edital faz referência à incidência de leis municipais específicas (Leis n.º 1.113/05, 1.220/07, 1.223/07, 1.170/07, 1.193/07 e lei orgânica municipal). Dentre estas, a Lei n.º 1.223/07 determina que a contratação de professores dependerá, a partir da publicação, de habilitação técnica específica (art. 4.º, I).

Em princípio, portanto, o requisito de formação técnica específica ficaria resguardado pela prescrição expressa da lei, a quem o edital faz referência. Na verdade, nem poderia ser diferente, pois se o edital divergisse da legislação local não teria qualquer validade, a propósito do que orienta o primado da legalidade. Nesse contexto, colho da jurisprudência do STJ:

"PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. VIA IMPRÓPRIA. PREQUESTIONAMENTO. FALTA. DISSÍDIO. NÃO DEMONSTRAÇÃO.

ADMINISTRATIVO. CONCURSO. CLASSE E PADRÃO INTERMEDIÁRIOS. DEFINIÇÃO EDITALÍCIA. INVESTIDURA NO INÍCIO DA CARREIRA. PREVALÊNCIA DO EDITAL. IMPOSSIBILIDADE.

1 - Aferir pretensa violação a dispositivo constitucional não é intento condizente com o recurso especial.

2 - Ressente-se o recurso do necessário prequestionamento se as matérias nele suscitadas não foram decididas pelo acórdão recorrido.

3 - Malgrado a tese de dissídio jurisprudencial, há necessidade, diante das normas legais regentes da matéria (art. 541, parágrafo único, do CPC c/c o art. 255 do RISTJ), de confronto, que não se satisfaz com a simples transcrição de ementas, entre excertos do acórdão recorrido e trechos das decisões apontadas como dissidentes, mencionando-se as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados. Ausente a demonstração analítica do dissenso, há flagrante deficiência nas razões recursais, com incidência do verbete sumular nº 284/STF.

4 - O lógico é o aprovado no concurso público assumir o cargo no início da carreira, até mesmo em função do próprio significado do termo. Por isso, não prevalece eventual previsão editalícia, autorizando a investidura em classe e padrão intermediários. Precedente desta Corte.

5 - Recurso especial não conhecido." (*REsp. n. 434.252/DF*. Sexta Turma. Rel. Min. Fernando Gonçalves. Publ. Em 07.04.03).

Por outro lado, em momento algum a recorrida investiu diretamente contra a lei; pretendeu limitar a discussão à suposta generalidade do edital, para então evidenciar o quão genérica seria a previsão editalícia. O certo, contudo, é que houve pontual indicação da legislação incidente, não sendo crível, a meu ver, a alegação de que o edital não prescrevia exigência específica.

Sucede, porém, que discussão marginal foi levantada no decorrer da lide, a respeito de eventual *vacatio legis* do diploma que rege a exigência de formação específica para a contratação de professores. A sentença, aliás, que

transita por esta senda, destaca que o art. 45 determinou prazo posterior para a norma surtir efeitos, de sorte não ser hipótese de concluir pela sua incidência no caso.

Com efeito, há hipótese de vacância legislativa na lei apontada, pois que, a despeito de ter sido publicada em 20.12.97, o art. 45 estatui que a "*lei entra em vigor na data de sua publicação, produzindo efeitos a partir do dia 01 de maio de 2008*" (fls. 208). A conclusão primeira, portanto, é a de que a lei, em todos os seus quadrantes, somente surtiria efeito a contar de maio de 2008.

Sucedee, contudo, que há disposição específica no art. 38 do mesmo diploma, destinado às "disposições transitórias", estatuinto que "*a partir da publicação da presente lei, somente serão admitidos professores com formação em nível superior, com habilitação específica na área*" (fl. 207).

A ligeira análise destas disposições apontadas poderia induzir ao reconhecimento de alguma antinomia, cuja conclusão primeira seria a de vislumbrar-se os efeitos da lei somente a partir de maio de 2008, como, aliás, foi deduzido na sentença. Creio, contudo, que não seja essa a melhor interpretação a ser dada.

É pressuposto de hermenêutica que nenhuma disposição legislativa seja despida de significado. De outro vértice, as disposições transitórias de determinada norma são, a exemplo do que sugere o predicado, embaladas pela efemeridade, regendo, em regra, a eficácia da lei no tempo. Na pontual lição de Kildare Gonçalves Carvalho,

"São transitórias as disposições que possuem um caráter de pouca duração e tendem a desaparecer pelo próprio decurso do tempo ou pela consumação do fato. Relacionam-se com o direito intertemporal, **vinculadas que se acham aos efeitos da lei no tempo**, sua retroatividade e imediata aplicação (...)" (*Técnica legislativa, Belo Horizonte*, Del Rey, 2003, p. 68 – grifei).

Diante desse cenário, melhor exegese à norma em questão decorre da interpretação simultânea dos dois dispositivos invocados, cuja compatibilidade, no caso, não revela maior complexidade. Ora, não obstante se tenha postergado os efeitos da lei de um modo geral, há que se contemplar tal regra à luz daquela de caráter transitório, cuja função é, evidentemente, harmonizar a passagem de uma ordem jurídica à outra.

Não há, a meu ver, outra interpretação possível, não sem mutilação do texto legal. Não creio, por outro lado, que se trate de buscar aqui a malfadada "mens legis", expediente com o qual na prática pretendem alguns justificar uma ou outra interpretação a ser conferida a determinado texto legal pelo exegeta. Segundo pontificara Clóvis Beviláqua, "*interpretar a lei é revelar o pensamento, que anima as palavras*" (*Teoria Geral do Direito Civil*, Rio de Janeiro, Rio, 1980, p. 45). Essa tarefa, inglória por natureza, parece revelar não mais que um enleio, um engodo para legitimar a percepção pessoal do intérprete sobre a norma, quando este, na verdade, é que dá vida ao texto legal, por sua própria voz. Já pontificou Lacan: o discurso jurídico é o lugar do logro, do engano (*O seminário: Livro 20*, Jorge Zahar, 1985, p. 10); é, pois, do intérprete a exegese e a responsabilidade sobre ela. A afirmação do civilista não nos revela mais, atualmente, do que um elogio a um auto-engano.

Feito esse breve parênteses (para nada mais do que demonstrar a desnecessidade de se buscar algo para além daquilo que a literalidade do texto evidencia), há a necessidade de se conferir efetividade à regra transitória, que exigia, deste a publicação da lei, formação específica dos professores contratados pelo Município de Jaguaruna.

De outro lado, anoto que tanto a lei em questão (fl. 208) quanto o edital datam de 20.12.07 (fl. 78), contexto em que não há maior dificuldade em aferir-se a incidência do diploma sobre o concurso regido pelo edital de concurso público n.º 001/2007.

Permito-me, porém, ir mais além: supondo que não fosse a hipótese de conjugar-se a interpretação de ambos os dispositivos apontados, não vislumbro, ainda assim, vício algum ao edital. Conforme já referi, houve indicação pontual da legislação incidente, contexto em que, ainda que não vigente, a indicação do critério específico deveria ser tida por válida, pois equivaleria à declaração expressa no edital.

Não fossem os argumentos já declinados, penderia, ainda, as exigências prescritas pela Lei de Diretrizes e Bases da Educação (art. 62), que ao exigir formação superior por certo pretendem conformar a formação do professor à especificidade, de modo a melhor implementar o ensino, direito de envergadura constitucional (arts. 6.º e 205 da CR).

Diante desse quadro, conquanto detenha habilitação em magistério, tenho que a recorrida não cumpriu o requisito editalício correspondente à qualificação, pois a formação exigida, na hipótese, é a específica na área de atuação.

De outro norte, é importante salientar que, não obstante a recorrida seja estudante do curso superior de artes, e já tenha alguma experiência profissional específica, a previsão legal tem natureza formal, qual seja, a de prévia formação na área, o que a rigor se exige para qualquer concurso, não surtindo efeito, para fins de concurso público, senão após sua conclusão.

Por tais razões, denego a ordem.

DECISÃO

Ante o exposto, a Câmara decidiu, por unanimidade, dar provimento ao recurso e julgar prejudicada a remessa.

O julgamento foi realizado em 30 de junho de 2009, com a participação dos Exmos. Srs. Desembargadores Cesar Abreu (Presidente com voto) e Newton Janke.

Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Sidney B. Barreiros.

Florianópolis, 30 de junho de 2009.

Ricardo roesler
RELATOR

MANDADO DE SEGURANÇA

Mandado de Segurança n. 2004.027813-1, de Balneário Camboriú

Relator: Desembargador Substituto Ricardo Roesler

MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. SERVENTIA EXTRAJUDICIAL. VACÂNCIA DECORRENTE DE OPÇÃO DO NOTÁRIO POR SERVENTIA DISTINTA, DECORRENTE DE DESMEMBRAMENTO DAQUELA ORIGINALMENTE OCUPADA. CASSAÇÃO DA DESIGNAÇÃO DA REGISTRADORA SUBSTITUTA, FUNDADA EM DECISÃO JUDICIAL QUE DENEGOU AO ENTÃO OFICIAL REGISTRADOR O DIREITO DE ACUMULAR FUNÇÕES NA SERVENTIA DESMEMBRADA E NA VACANTE, AO ARGUMENTO DE QUE SE TRATARIA DE PREPOSTA DESTES. IMPROPRIEDADE. DIREITO ASSEGURADO À REGISTRADORA SUBSTITUTA DE PERMANECER NA SUBSTITUIÇÃO PROVISÓRIA DA SERVENTIA VACANTE, ATÉ A REALIZAÇÃO DE CONCURSO PÚBLICO. COMPROVAÇÃO, PELA IMPETRANTE, DA TITULARIDADE MAIS ANTIGA NA SERVENTIA. INTELIGÊNCIA DO ART. 39, § 2.º, DA LEI N.º 8.935/94.

SUBSTITUIÇÃO EM CARÁTER PRECÁRIO, CUJA DESIGNAÇÃO PODE SER CASSADA, EM FAVOR DE OUTRO REGISTRADOR, MENOS ANTIGO NA SERVENTIA, DESDE QUE PRECEDIDA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. AUSÊNCIA, NA HIPÓTESE, DE QUALQUER PROCEDIMENTO INSTAURADO PARA APURAR EVENTUAL ARBÍTRIO NA ATIVIDADE DA IMPETRANTE. IRRELEVÂNCIA, ADEMAIS, DO MANEJO DE AÇÃO CRIMINAL, CUJOS REFLEXOS SOMENTE SERÃO SENTIDOS COM A SOLUÇÃO DAQUELE FEITO, EM FACE DO PRIMADO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA, SEM PREJUÍZO, EVIDENTEMENTE, DE NOVA APURAÇÃO DE

IRREGULARIDADES NO ÂMBITO ADMINISTRATIVO. AFASTAMENTO SEM AMPARO LEGAL. ORDEM CONCEDIDA.

Na esteira da uníssona jurisprudência da Corte Superior de Justiça, a vacância de serventia, a qualquer título, sujeita-se à disciplina do art. 39, § 2.º, da Lei n.º 8.935/94, que determina a designação do registrador substituto mais antigo da serventia para o lugar do oficial registrador desligado. Na hipótese, é irrelevante que o atual substituto tenha ou não ingressado anteriormente na carreira, visto que a antiguidade deve ser medida no âmbito da serventia (STJ, *RMS n.º 23.838/RJ*, entre outros). De outro vértice, naufragada a pretensão do antigo oficial registrador em manter-se "titular" das duas serventias após desmembramento, a imperativa desocupação de uma delas, inclusive de seus prepostos, não importa no rompimento do vínculo de antiguidade da impetrante, que diz respeito à serventia, e não ao seu titular. Cuida-se de hipótese em que, a exemplo das demais prescritas pela lei, deve assumir o substituto mais antigo na serventia ao tempo da vacância.

Uma vez instituído critério de sucessão em caso de vacância – designação do registrador substituto mais antigo – a destituição do substituto deve ser precedida de processo regular, judicial ou administrativo, em que se assegure o contraditório e a ampla defesa. Na hipótese dos autos, ao que se infere, o afastamento decorreu unicamente em face da decisão na citada ação mandamental impetrada pelo então titular, sem que dela tivesse participado a impetrante. Também não há notícias de procedimento administrativo, conclusivo ou em andamento, que, de alguma forma, assegurasse legitimamente seu afastamento para qualquer fim. Por outro lado, em nada justifica o afastamento a existência de processo criminal com vistas a apurar eventuais irregularida-

des. Do contrário se admitira a responsabilidade da impetrante à minguia de decisão judicial, em ofensa ao primado da presunção de inocência. Dado o contexto, a reintegração da impetrante àquela serventia é medida que se impõe, sem prejuízo, evidentemente, de eventual e concomitante apuração da atividade então por ela exercida à frente do ofício registral, em caráter administrativo.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança n. 2004.027813-1, da comarca de Balneário Camboriú, em que é impetrante Tatiana Passos, e impetrada Dra. Juíza de Direito Diretora do Foro da Comarca e outro:

ACORDAM, em Segunda Câmara de Direito Público, por maioria de votos, conceder a segurança. Custas na forma da lei. Vencido o Des. Newton Janke, que votou no sentido de denegar a ordem.

RELATÓRIO

Tatiana Passos impetrou ordem de mandado de segurança em face de ato considerado ilegal, perpetrado pela Juíza de Direito e Diretora do Foro da Comarca de Balneário Camboriú.

Destacou, em síntese, que *"na condição de Registradora Substituta, a Impetrante é bem mais antiga no cargo do que o atual e digno Oficial designado do 1º Ofício Imobiliário desta Comarca de Balneário Camboriú. Com efeito, retroagindo-se a 07 de fevereiro de 1996, já nessa data estava designada pelo ex-Titular do 2º Ofício para essa mesma função, como se extrai do doc. 02. E designação com respaldo na mesma Lei Federal n. 8.935, em seu artigo 20, ato administrativo interno comunicado ao Diretor do Foro em exercício naquela data e retransmitido a esse col. Tribunal de Justiça. Com a vacância da titularidade desse referido Ofício Imobiliário pela opção exercida para a Comarca de Itapema, não houve interrupção no desempenho funcional da Impetrante,*

tanto que o Titular, - agora à luz do preceito engastado no § 2º do artigo 39 daquela mesma Lei - manteve a designação e postulou à autoridade judiciária competente fosse expedido o ato de nomeação e a lavratura do termo de posse, o que veio a acontecer formal e materialmente, segundo mostra o conteúdo do doc. 05, mesmo porque a vacância do Segundo Ofício Imobiliário já estava declarada pelo Diretor do Foro naquela Portaria 080/2000-DF, não fazendo sentido, nem lógico e nem jurídico, decretar a Impetrada a revogação pura e simples, imotivada, daquele ato administrativo, que defluiu da própria Lei 8.935" (fl. 8).

Em seguida, informa que *"o ilustre dr. MARCO ANTÔNIO SCHROEDER, presentemente nomeado e investido pela Impetrada como Registrador Substituto temporário, foi nomeado para o cargo de Titular do Primeiro Ofício de Imóveis da Comarca de Balneário Camboriú em data de 05 de novembro de 1998 através do Ato n. 864 consubstanciado aqui pelo doc. 09 (Diário da Justiça n. 10.091), o que torna indiscutível a sua posterioridade funcional em relação à Impetrante, que retrocede a 1996. E aqui, então, consolida-se uma vez mais o ferimento, pelo ato da Impetrada, ao direito líquido e certo da impetrante, legalmente assegurado e constitucionalmente protegido, em permanecer como registradora Substituta até o preenchimento legal da vaga decorrente da opção exercida pelo Titular" (fl. 8).*

Afirmou, adiante, que *"não pode padecer de menor dúvida o fato de que a Impetrante foi destituída 'ex abruptu' das suas funções de Registradora Substituta do 2ª Ofício de Registro de Imóveis da Comarca de Balneário Camboriú, e esse fato, por si só, é perfeitamente suficiente para exteriorizar o manifesto prejuízo financeiro e até moral que lhe está advindo e advirá enquanto não ocorrer o desiderato terminativo deste Mandado de Segurança. Isto se afigura como sendo o bastante para justificar o pedido ora formalizado da Impetrante no sentido de ser favorecida pela concessão liminar do 'mandamus' até que ocorra o provimento do cargo do titular em concurso público de títulos e provas, ou o de remoção, ainda não instaurado um ou outro" (fl. 10).*

A liminar foi indeferida (fls. 52-56), sob o argumento de que *"não comprovou a impetrante a plausibilidade do direito que invocou, requisito essencial, em sede de writ of mandamus, nada mais sendo do que a comprovação do direito alegado, ab initio. Além disso, a ausência de demonstração de qual seria o periculum in mora, neste caso, o perigo de ineficácia da medida se deferida ao final"* (fl. 55).

Contra a decisão foi manejado agravo regimental, adiante desprovido (fls. 104-110). Opostos embargos de declaração, foram rejeitados ao fundamento da inexistência de omissão, contradição ou obscuridade no julgado (fl. 121-128).

Prestadas as informações, deduziu a impetrada *"que a situação fática e jurídica da Impetrante já se encontra resolvida no Mandado de Segurança acima referido, no qual determinou-se a cessação de qualquer vínculo seu com o cartório do 2º Ofício de Registro de Imóveis de Balneário Camboriú, não podendo, portanto, tal situação, sob qualquer pretexto, ser rediscutida no presente mandamus"* (fl. 99).

O Ministério Público atuante nesta instância, em parecer da lavra do Doutor Plínio Cesar Moreira, pugnou pela denegação da segurança (fls. 190-200).

Realizado o julgamento colegiado, a ordem foi denegada (fls. 242-255).

Sobreveio recurso especial, revisitando toda a matéria já deduzida na inicial (fls. 260-283).

Houve contrarrazões (fls. 304-311).

Em parecer de fls. 315-330, o douto Procurador de Justiça Guido Feuser opinou pelo conhecimento e provimento do Especial, para anular o processo desde as informações em face da não-constituição de litisconsórcio, e, sucessivamente, postulou a concessão da ordem.

Sob a relatoria do Exmo. Ministro Castro Meira, houve parcial provimento do recurso do Especial, com anulação do feito e determinação de constituição do listisconsórcio, de modo a integrar a lide o atual serventuário que faz as vezes de titular na serventia em questão (fls. 340-346).

Opostos declaratórios (fls. 357-363), foram adiante rejeitados em face do caráter infringente (fls. 414-421).

Determinada a citação do litisconsorte, este manifestou-se em fls. 461-472, pretendendo o reconhecimento da autoexecutoriedade de decisão proferida em autos de mandado de segurança onde fora denegada ordem postulada pelo antigo titular da serventia objeto desta ação, ocasião em que se determinou a retirada de todos os seus prepostos daquele ofício (nos quais, no seu entender, estaria inserida a impetrante). Adiante destacou que o afastamento é legal porque, não sobejasse a sorte do mandado de segurança apontado, fora apurada uma série de irregularidades decorrente do período em que a impetrante esteve à frente da serventia.

O Exmo. Procurador de Justiça Guido Feuser, em nova manifestação (fls. 743-754), reiterou os termos do parecer lançado por ocasião do manejo do recurso especial, pugnando pela concessão da ordem.

Redistribuídos os autos em face de impedimento (fls. 756), foi determinada a expedição de ofício a d.ª Corregedoria-Geral da Justiça (fls. 758-759), de cuja resposta (fls. 765-783) deu-se vista à impetrante, com manifestação posterior (fls. 785-796).

Vieram os autos, conclusos para julgamento.

VOTO

Trato de mandado de segurança impetrado por Tatiana Passos em virtude de seu afastamento do 2.º Ofício Imobiliário da Comarca de Balneário Camboriú, onde exercia, até os idos de 2004, a atividade de

registradora substituta, assim designada para substituir eventual ausência do então titular daquela serventia, Stalin Passos.

Lembro, por oportuno, que esta ação mandamental data de setembro de 2004 (fl. 2), sendo este o segundo julgamento conferido à causa neste Tribunal, em face da anulação do primeiro, pelo colendo STJ, em razão da ausência de constituição de listisconsórcio. Concluída a integração do terceiro interessado (oficial que atualmente responde pela serventia objeto do litígio), retornam os autos para apreciação.

A questão é, à primeira vista, bastante objetiva. Encerra, porém, certa opacidade em face do contexto em que é ambientada, parecendo por isso necessário que seja decantado o litígio e analisada pontual e cartesianamente as teses ventiladas pela impetrante, sobretudo porque conduzirei meu voto de maneira bastante distinta daquela ditada pelos que me antecederam neste julgamento.

Diante desse panorama, e até mesmo para que se possa analisar de modo escoreito os argumentos, creio ser conveniente realizar breve, porém minudente, relato da arquitetura do ato apontado como coator.

A presente impetração foi desferida contra portaria expedida pela então Diretora do Foro de Balneário Camboriú que, investida da prerrogativa conferida pelo egrégio Conselho da Magistratura deste Tribunal – atribuindo aos Diretores de Foro a competência para designar, em caráter temporário, os notários e registradores – determinou o afastamento da impetrante da substituição perante do 2.º Ofício do Registro Imobiliário de Balneário Camboriú. No mesmo ato, que data de 10 de setembro de 2004 (o afastamento, todavia, teria ocorrido em 13 de setembro daquele ano), foi nomeado em seu lugar Marco Antônio Schroeder, que na época já respondia pela titularidade da Primeira Serventia Imobiliária daquela comarca, e que aqui figura como litisconsorte. Assim dispunha a Portaria n. n. 239/2004-DF:

"Considerando a vacância do Segundo Ofício do Registro de Imóveis, desta Comarca, com a delegação, por opção, do Sr. Stalim Passos, ex-titular da serventia, pelo Ofício do Registro de Imóveis e Ofício do Registro Civil das Pessoas Naturais, Pessoas Jurídicas, Títulos e Documentos da Comarca de Itapema, através do ato n.º 157, de 31/01/2000, do Excelentíssimo Desembargador Presidente do Egrégio Tribunal de Justiça, publicado no Diário da Justiça n.º 10.393, página 01, de 08/02/2000, cujo compromisso, posse e exercício ocorreu em 25 de fevereiro de 2000;

Considerando a decisão prolatada no Mandado de Segurança n.º 1999.022151-2 pelo colendo Tribunal Pleno do Poder Judiciário do Estado de Santa Catarina;

Considerando a decisão do egrégio Conselho da Magistratura, em sessão de 08/09/2004;

RESOLVE:

Art. 1.º - Designar o Senhor MARCO ANTÔNIO SCHROEDER, titular do Primeiro Ofício do Registro de Imóveis, da Comarca, portador da Cédula de Identidade n. 960036-8 e C.P.F. N.º 002.659.349-15, para responder, por prazo indeterminado, a partir de 13 de setembro de 2004, pelo Segundo Ofício do Registro de Imóveis da Comarca de Balneário Camboriú, Estado de Santa Catarina.

Art. 2.º - Revogar, a partir de 13 de setembro de 2004, a Portaria n.º 080/2000-DF, baixada pela Direção deste Foro em 02 de junho de 2000, que designou a Senhora Tatiana Passos para responder pela referida Serventia.

Cumpra-se, registre-se, publique-se e afixe-se a presente no local de costume, enviando-se cópia à Serventia, OAB local, Tribunal de Justiça e a Corregedoria-Geral da Justiça" (fls. 21-22 – grifei).

O ato impugnado, ao que se infere, tinha fundamento em decisão judicial, proferida em autos de mandado de segurança n.º 1999.022151-2. Esta ação, por sua vez, fora impetrada pelo antigo oficial do 2.º Ofício de Registro Imobiliário de Balneário Camboriú, Stalin Passos, em face do

desmembramento da serventia, que até então alcançava a comarca vizinha de Itapema. Pretendia o antigo titular permanecer responsável pelas serventias desmembradas, sem que fosse obrigado a optar por uma ou por outra. Não logrou, contudo, êxito. Assim ficou ementada a decisão daquele mandado de segurança:

"MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO - OFICIAL REGISTRADOR - LEGITIMIDADE PASSIVA DE PARTE DO GOVERNADOR - COMPETÊNCIA ESTABELECIDADA POR DISPOSIÇÃO LEGAL EXPRESSA - PRELIMINAR AFASTADA.

O Chefe do Poder Executivo Estadual é parte legítima para figurar no pólo passivo da impetração quando, mesmo não tendo praticado qualquer ato administrativo capaz de ferir pretensão de direito líquido e certo do impetrante, por disposição expressa de lei, os atos previstos e atacados no remédio heróico preventivo são de sua competência.

AÇÃO MANDAMENTAL - IMPETRAÇÃO CONTRA LEI EM Tese - INEXISTÊNCIA - NORMA DE EFEITOS CONCRETOS - PREFACIAL REJEITADA.

É certo que incabível a impetração contra lei em tese, não havendo ato concreto atacável via mandado de segurança.

Entretanto, estando-se diante de lei com efeitos diretos e concretos, é possível a impetração do mandamus, pois, ainda que não efetivada, a norma é imperativa e afronta incisiva e diretamente a atual situação jurídica do impetrante.

MANDADO DE SEGURANÇA - CRIAÇÃO DE NOVA COMARCA - OFÍCIO DE REGISTRO DE IMÓVEIS - INEXISTÊNCIA DE DIREITO ADQUIRIDO REFERENTE AO EXERCÍCIO DAS FUNÇÕES NA MESMA BASE TERRITORIAL - DIREITO DE OPÇÃO GARANTIDO AO OFICIAL REGISTRADOR.

Com uma simples ilação lógica das disposições legais, é possível concluir que, com a criação da comarca de Itapema e, como consequência, do respectivo Ofício de Registro de Imóveis, o demandante passou a ter o direito à opção por exercer suas funções neste Ofício

ou naquele da comarca de Balneário Camboriú, com a nova base territorial estabelecida legalmente.

O direito à opção, em respeito à forma estabelecida pelo ordenamento jurídico válido e vigente, foi assegurado através de procedimento administrativo.

Não se poderia manter o impetrante na posição decorrente da aprovação em concurso público, primeiro, porque há disposição expressa de lei e, segundo, porque a mens legis, quando da criação de novas comarcas e a conseqüente instituição, dentre outros, de Ofício de Registro de Imóveis foi o interesse público, almejando-se a agilização da Justiça, bem como dos serviços prestados pelos cartórios extrajudiciais" (*MS n. 1999.022151-2*, da Capital. Tribunal Pleno. Rel. Des. Salete Silva Sommariva. Decisão de 16.06.04).

Em face da conclusão dada ao mandado, fez-se consignar, oportunamente, no voto condutor:

"Por todo o exposto, afastadas as prefaciais argüidas e denegada a ordem, como efeito reflexo do presente decisum, de execução imediata, temos a cessação de qualquer vínculo do Registrador, ora impetrante, e seus prepostos, com o Cartório do 2º Ofício de Registro de Imóveis de Balneário Camboriú e a observância do comando do art. 236 da Constituição da República Federativa do Brasil que determina a abertura de concurso para a serventia vaga, motivo pelo qual se faz necessária a remessa de cópia à Corregedoria-Geral de Justiça e à Vice-Presidência deste Tribunal para as providências cabíveis nestes sentido" (grifei).

Concluiu-se, portanto, que sendo defeso ao então impetrante responder por ambas as serventias, e sendo-lhe acometida aquela criada na comarca de Itapema, cessavam-se todos os vínculos, incluídos evidentemente aqueles com seus prepostos, vagando então a titularidade do 2.º Ofício Imobiliário.

À decisão, bastante clara em seus termos, foi conferida pela autoridade coatora interpretação bastante ampla. Conforme consta das informações, no afã de conferir *autoexecutoriedade* ao acórdão, foi baixada a aludida

portaria, designando o litisconsorte ao cargo de Registrador Substituto do 2.º Ofício do Registro de Imóveis de Balneário Camboriú, isso porque a impetrante, então ocupante do cargo, era tida *preposta*, e nos termos da decisão daquele mandado de segurança deveria ser afastada do cargo. É o que consta das informações prestadas (fls. 97-99).

A impetrante era, de fato, preposta do antigo oficial, visto que subordinada a ele, a exemplo dos demais que compunham a serventia. Conforme destaca Walter Ceneviva, a responsabilidade pelos atos notariais, no exercício da titularidade do oficial, é sua, a despeito de ser exercido por quaisquer de seus funcionários, entre eles o registrador substituto (*Lei dos Notários Comentada*, 2006, p. 147-148). O que se deve observar, e com apurada atenção, é a prerrogativa do registrador substituto nas hipóteses de extinção da delegação, cuja sorte não é a mesma conferida aos demais propostos.

Em que pese a decisão ter afirmado a vacância da serventia em questão, o que, aliás, é irrepreensível, em momento algum determinou – e nem poderia – a troca do registrador substituto.

Há aqui duas premissas essenciais a serem experimentadas: a primeira diz respeito ao cargo ocupado pela impetrante, que era, ao tempo do desmembramento da serventia, o de registradora substituta, cargo esse exercido regularmente, aos auspícios da Direção do Foro local. Cuidando-se, portanto, de investidura regular, albergada pela legislação regente, os efeitos da decisão tomada no MS n. 1999.022151-2 somente poderiam ser sentidos pela impetrante se dele tivesse tomado parte, ou ao menos lhe fosse assegurado o indispensável contraditório na senda administrativa.

Por certo, se aquela decisão dissesse respeito também à sua designação – e, repito, o julgamento não concluiu isso – não se poderia retirar da impetrante o direito de contrapor-se a ela, visto que em momento algum participou daquela ação. É singela, aliás, a interpretação de que, por arrasta-

mento, todos os prepostos do ex-titular teriam de simplesmente desocupar a serventia para justificar a destituição da impetrante. É importante que se tenha bem definido os limites da preposição, que no caso da impetrante dizem respeito à responsabilidade perante a serventia e terceiros, e não de mera subordinação ao titular.

Lembro que o registrador substituto, conquanto preposto do oficial titular, é seu substituto, e não meramente seu empregado. A ele estão afeitas as funções próprias do oficial em sua ausência. Não à-toa, aliás, sua investidura em tal função fica sujeita ao crivo da fiscalização do Judiciário. É o que dispõe o art. 20 da Lei n. 8.935/94:

"Art. 20. Os notários e os oficiais de registro poderão, para o desempenho de suas funções, contratar escreventes, dentre eles escolhendo os substitutos, e auxiliares como empregados, com remuneração livremente ajustada e sob o regime da legislação do trabalho.

§ 1º Em cada serviço notarial ou de registro haverá tantos substitutos, escreventes e auxiliares quantos forem necessários, a critério de cada notário ou oficial de registro.

§ 2º Os notários e os oficiais de registro encaminharão ao juízo competente os nomes dos substitutos.

§ 3º Os escreventes poderão praticar somente os atos que o notário ou o oficial de registro autorizar.

§ 4º Os substitutos poderão, simultaneamente com o notário ou o oficial de registro, praticar todos os atos que lhe sejam próprios exceto, nos tabelionatos de notas, lavrar testamentos.

§ 5º Dentre os substitutos, um deles será designado pelo notário ou oficial de registro para responder pelo respectivo serviço nas ausências e nos impedimentos do titular".

Daí porque não se poderia simplesmente afastá-la da substituição em face de processo que sequer tenha tido conta, sobretudo cuidando-se de hipótese de vacância.

A segunda premissa, aliás, diz respeito ao direito que é conferido pela lei de regência aos registradores substitutos, que são, no caso de vacância da serventia, os sucessores naturais à substituição, enquanto não houver abertura de concurso público para seleção de Oficial. Nos termos do art. 39 da Lei n.º 8.935/94, competirá, no período de vacância do cargo de oficial, *ao registrador substituto mais antigo* a responsabilidade pela serventia . Prescreve o dispositivo citado:

"Art. 39. Extinguir-se-á a delegação a notário ou a oficial de registro por:

I - morte;

II - aposentadoria facultativa;

III - invalidez;

IV - renúncia;

V - perda, nos termos do art. 35.

VI - descumprimento, comprovado, da gratuidade estabelecida na Lei nº 9.534, de 10 de dezembro de 1997.

§ 1º Dar-se-á aposentadoria facultativa ou por invalidez nos termos da legislação previdenciária federal.

§ 2º Extinta a delegação a notário ou a oficial de registro, a autoridade competente declarará vago o respectivo serviço, designará o substituto mais antigo para responder pelo expediente e abrirá concurso".

Veja-se que, por força do próprio regramento, competiria à impetrante a responsabilidade pela serventia até a ocupação por novo titular, aprovado em concurso específico. Lembro, ademais, que a impetrante já havia sido designada em portaria interna para a atividade em 1996 (fl. 14), e designada como tal pela Direção do Foro local, em junho de 2000 (fl. 19).

Destaco, finalmente, que a antiguidade exigida diz respeito aos *ocupantes da mesma serventia*, não obstante possa haver algum substituto

com mais tempo de exercício em outro ofício na comarca, conforme tem ditado a jurisprudência do STJ. A propósito:

"PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. CARTÓRIO EXTRAJUDICIAL. VACÂNCIA. DIREITO DE SUBSTITUIÇÃO. SUBSTITUTO MAIS ANTIGO DA SERVENTIA. EXEGESE DOS ARTS. 20, § 5º E 39, §2º, DA LEI N. 8.935/94. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS.

1. O substituto mais antigo da serventia (e não na comarca) deve ser o designado, para responder temporariamente pelo serviço notarial ou de registro na hipótese de vacância, até a realização do concurso. Precedentes do STJ: RMS 23.823/RJ, Primeira Turma, DJ 03.04.2008; RMS 18.916/MG, Segunda Turma, DJ 20.11.2006 e RMS 15.855/RS, Quinta Turma DJ 02.05.2006

2. *In casu*, o entendimento adotado pelo Tribunal: 'Havendo vacância do Ofício de Registro, a substituição deve recair sobre o registrador mais antigo da Comarca, observado o disposto no art. 39, § 2º, da Lei 8935/94, tratando-se de norma cogente, a ser observada pela autoridade competente, não havendo necessidade de manifestação dos interessados', diverge da hodierna jurisprudência desta Corte sobre o *thema*.

3. O provimento do recurso sub examine conduz à improcedência do pedido de pagamento de indenização correspondente aos rendimentos líquidos que teria auferido a parte, ora recorrida, no exercício da serventia, caso houvesse sua regular designação, desde a data do ajuizamento da ação.

4. Recurso especial provido" (*REsp. n. 789.940/RS*. Primeira Turma. Rel. Min. Luiz Fux. Decisão de 19.08.08).

Nesta linha de precedentes, ver, também, *RMS 23.207/MT*. Primeira Turma. Rel. Min. Luiz Fux. Decisão de 04.12.08; *RMS n. 23.823/RJ*. Primeira Turma. Rel. Min. José Delgado. Decisão de 03.04.08; *RMS n. 18.916/MG*. Segunda Turma. Rel. Min. Eliana Calmon. Decisão de 20.11.06; *RMS n.º 15.855/RS*. Quinta Turma. Rel. Min. Felix Fischer. Decisão de 02.05.06).

De outro vértice, em momento algum levantou-se dúvida relevante sobre sua antiguidade, afirmada, a propósito, em diversas ocasiões. Ao que se pode concluir, aliás, a impetrante era a única registradora substituta da serventia, conforme declarado pelo ex-oficial, ao tempo da indicação de seu substituto, em fevereiro de 2000 (fl. 74).

Em princípio, portanto, a impetrante gozava do requisito legal necessário para assumir a substituição do cartório, visto ser a mais antiga substituta, na serventia, ao tempo da vacância.

Registro aqui, por oportuno, elemento de debate já ventilado nestes autos, e que serviu em algum momento de pano de fundo para justificar a impossibilidade de permanência da impetrante no cargo. Trato especificamente da alegação de que a hipótese de vacância por opção não estar contemplada expressamente na norma, supondo cuidar-se o artigo de hipóteses cerradas.

Com efeito, não cuidou a lei expressamente da hipótese de opção. O caso, no entanto, versa sobre opção, fruto de desmembramento de serventia, o que implica, de qualquer sorte, em extinção da delegação, de modo a impor a vacância em uma das serventias desmembradas, visto a impossibilidade – afirmada, inclusive, no MS n.º 1999.022151-2 – de acumular o titular mais de uma serventia.

Dado o panorama, a sucessão na serventia vaga nos casos de opção sujeita-se aos ditames do art. 39, 2.º, da Lei regente. Nesse pensar, colho o seguinte julgado da jurisprudência do STJ:

"PROCESSUAL CIVIL. MEDIDA CAUTELAR. ATIVIDADE NOTARIAL E DE REGISTRO. TITULARIDADE DE CARTÓRIO. EXTINÇÃO DA DELEGAÇÃO. SUBSTITUIÇÃO PROVISÓRIA. SUBSTITUTO MAIS ANTIGO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. EFEITO SUSPENSIVO.

Presentes o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*, requisitos essenciais ao deferimento da cautela, justifica-se a concessão de efeito suspensivo ao recurso ordinário interposto, a fim de garantir, até o julgamento do apelo raro, a manutenção da requerente como substituta, durante a vacância, do Serviço de Tabelação de Notas e de Protestos do Município de São Miguel das Missões, em caráter precário, tendo em vista ter sido a mesma designada como substituta mais antiga.

Pedido cautelar julgado procedente" (MC 5733/RS. Quinta Turma. Rel. Min. Felix Fischer. Decisão de 10.06.03).

Cuidava-se de caso idêntico na ocasião. Do relatório do acórdão se lê:

"A requerente impetrou mandado de segurança perante o e. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, sustentando que, em razão da Lei Estadual n. 11.67401, foi desmembrado o Ofício da Sede Municipal de São Miguel das Missões, em Serviço de Tabelação de Notas e de Protestos e em Serviço de Registros Públicos; que a titular do Ofício da Sede Municipal de São Miguel das Missões, a Sra. Neisa Ceretta Alegranzi, optou pelo Serviço de Registros Públicos, ao mesmo tempo em que indicou a requerente como substituta, durante a vacância do Serviço de Tabelação de Notas e Tabelação de Protestos daquele Município; que, não obstante a indicação da requerente para ocupar a titularidade dos Serviços de Tabelação, a MM. Juíza Diretora do Foro da Comarca de Santo Ângelo designou para a aludida vaga o oficial mais antigo da Comarca, o titular do 1º Tabelação de Notas e Registros Especiais de Santo Ângelo. Requereu, assim, a suspensão dos efeitos dessa decisão, com a conseqüente indicação da mesma para exercer a titularidade provisória dos Tabelações de Notas e de Protestos, quando de sua instalação" (grifei).

A interpretação do art. 39, § 2.º, portanto, deve ser linear e uniforme no caso de vacância, quer seja por opção ou por qualquer outra causa de extinção da delegação, conferindo-se ao substituto mais antigo na serventia a responsabilidade pelo expediente. Abstraido, pois, qualquer sentimento

ou análise axiológica do artigo, não há outra interpretação possível da norma. A propósito, destaca Walter Ceneviva que:

"A solução da lei não é a melhor: a boa qualidade dos serviços estaria bem atendida se a mesma pessoa, a qual coube, antes da extinção, dirigir os serviços nas ausências e impedimentos do titular, continuasse interinamente nessa atividade. Todavia, a lei privilegiou o critério da antiguidade dos substitutos indicados pelo titular que é, sem sombra de dúvida, o único resultante da exegese combinada dos dois dispositivos [arts. 20 e 39, § 2.º]" (*Lei de Notários e dos Registradores Comentada*, Saraiva, 2006, p. 275).

No mais, faço constar, e apenas para circundar o debate neste ponto, que cogitou-se algures, e de passagem, que com a opção e rompimento de vínculos com os prepostos, se conferiria ar de legalidade à indicação de terceiro substituto. No entanto, é visível que tal raciocínio vai de encontro com a lógica da substituição, visto que o rompimento do vínculo do Delegado com seus prepostos, decorrente da extinção da delegação, é exatamente o fato que propicia a sucessão no âmbito da serventia. Caso assim não fosse, em nenhuma hipótese prescrita pelo art. 39 da Lei n.º 8.935/94 haveria a possibilidade de sucessão pelo mais antigo, pois a quebra de vínculo com o Delegado é pressuposto lógico da substituição interina. Dito de outro modo, de sorte a evidenciar o óbvio ululante, somente a extinção da delegação, que tem por consequência a quebra dos vínculos de preposição, é que permite a substituição.

Suficientemente demonstrada a ilegalidade do ato acoimado de coator do ponto de vista formal, tenho que outras questões levantadas no debate, conquanto trafeguem à margem da pretensão inaugural, devem ser abordadas, sobretudo por terem servido, em algum momento, para justificar a manutenção da Portaria da Direção do Foro local.

Cogitou-se, tanto no exame do acórdão precedente, anulado pela Corte Superior de Justiça, quanto na manifestação do litisconsorte, sobre a existência de inúmeras irregularidades na atividade exercida pela

impetrante, até o seu afastamento. A propósito, justificou-se no interesse público o indeferimento de liminar postulada. Mas, afinal, de quê interesse público se cogita?

A mim me parece bastante farta a demonstração de indícios de irregularidades na atividade prestada pela impetrante, a iniciar pelo levantamento preliminar efetuado quando da designação do litisconsorte para assumir a escrivania. O termo de correição, juntado aos autos pela própria postulante, é por si bastante claro no apontamento das incorreções verificadas naquele ofício durante a substituição por si exercida (fls. 23-27). Não fosse o bastante, há notícias nos autos de que o Ministério Público, por intermédio de seu representante local, propôs ação penal visando a apurar condutas eventualmente ilícitas no exercício da delegação pela impetrante (fls. 483-490).

Sucede que não cuidamos aqui de Eichmann, e tampouco de acusações imunes ao devido processo legal (Hannah Arendt, *Eichmann em Jerusalém: um retrato sobre a banalidade do mal*, Cia. das Letras, 1999). Justificar a legalidade do afastamento liminar da impetrante nas irregularidades relatadas nestes autos colide frontalmente com um dos pilares mais representativos da democracia: o direito de defesa.

A meu sentir, a justificativa aqui orquestrada é sensivelmente prematura, animada, ousou dizer que justificadamente, em face do contexto, dos indícios e das evidências. Nietzsche anota que a punição tende a ser medida pelo espanto de que é acometido o juiz em face do ato que julga, e que "*a cólera e o castigo são prendas que nos vêm da animalidade. O homem só atinge a maioridade quando devolve aos animais essa dádiva de berço*" (*Humano, Demasiado Humano: um livro para os espíritos livres*, vol. 2, 2008, p. 180 e 246). É inerente, portanto, a par da condição humana, o instinto primitivo de reprovação àquilo que em face de nossas convicções morais, possa ser reprovável. E o juízo moral, a propósito de qualquer outro

juízo humano, destaca o filósofo alemão, é fruto da percepção do fato de acordo com as experiências particulares, o grau de retidão e de equidade (*A Gaia Ciência*, 2007, p. 141). Daí porque o instinto de reprovação nos soa tão violentamente no caso em que se analisa, onde a prova reunida sinaliza indícios bastante palmares de irregularidade. A reação natural, singularmente humana, é de se antecipar a qualquer expediente procrastinatório e impor, de imediato, a punição que parece descortinar-se num horizonte bastante próximo.

No entanto, abstraído esse sentimento, não é difícil vislumbrar que não nos é dado, no âmbito desta ação mandamental, calçar-nos de vestes inquisitórias e empreender qualquer juízo de valor sobre ilícitos porventura patocinados pela impetrante. De fato, não nos cabe esse papel.

Qualquer tentativa de suprimir o direito de defesa, por mais bem intencionada que seja, deve ser sumariamente censurada. Cuida-se de garantia inalienável e sobretudo indistinta. Hannah Arendt, em artigo intitulado "*Sobre as Origens do Totalitarismo: uma tentativa de compreensão*", nos lembra que a democracia pressupõe a instituição de leis como fronteiras, onde os homens se movimentam livremente, enquanto o totalitarismo, numa inversão de valores, procura tornar estático o indivíduo, e sujeitá-lo livremente ao sabor de quem o governa (*Compreender: formação exílio e totalitarismo – ensaios*, 2008, p. 361). Por outro lado, destaca Bobbio que as leis são despidas de paixão, são indiferentes e indistintas em relação a todos os cidadãos (*Direitos e Deveres na República*, 2007, p. 30-31). Se assim é, e ao menos assim deve ser num Estado que se pretende democrático, não se pode privar quem quer que seja do direito de defesa, de expor suas razões e defender o que entende ser devido.

Destaco, por oportuno, que não obstante seja desfiado ao longo do processo um rol de possíveis irregularidades no exercício da atividade

registral pela impetrante, não há sequer um procedimento voltado à apuração desses fatos.

Diante, aliás, de tudo o que havia sido noticiado, determinei nestes autos que fosse oficiado a douta Corregedoria-Geral desta Casa no afã de que fosse indicada a tramitação de algum processo visando à apuração dos ilícitos narrados (fls. 758-759). Para minha surpresa, foi relatada a existência de alguns processos administrativos – mais de um, inclusive, para solucionar uma mesma incorreção – mas nenhum que dissesse respeito ao que vem sendo debatido nestes autos (fls. 765-783). Deixo de pontuá-los, porém, por não contribuírem de qualquer sorte para a discussão aqui travada.

Em suma, mesmo após o levantamento correcional decorrente da substituição questionada nestes autos – procedimento este, é importante consignar, ter a impetrante afirmado não ter sequer participado (o que é corroborado pela ressalva feita quando de sua assinatura – fl. 27) – nenhum procedimento administrativo foi instaurado para averiguar o que havia sido levantado na inspeção. O que há de concreto em andamento é a ação penal, ainda por ser julgada.

Diante desse cenário, não é de fato sustentável o afastamento da impetrante em nome do interesse público. Ademais, não obstante se cuide de cargo transitório, sem as garantias próprias de cargos públicos de carreira (a exemplo da estabilidade) não vejo como dispensar, na hipótese, a instauração de procedimento administrativo caso se pretenda qualquer medida que venha a limitar seus direitos. Lembro que o cargo não é de livre nomeação e exoneração; exige, a propósito do art. 39 da lei regente, requisito específico, qual seja, a refalada antiguidade.

Logo, pretender-se o afastamento de registrador substituto à míngua de regular processo administrativo ou judicial, sob o singelo argumento de defesa do interesse público, atenta contra a própria disposição da lei, pois que permite a escolha de qualquer serventuário, mediante o afastamento

de quem ocupe o cargo, sem qualquer fundamento, em caráter flagrantemente discricionário.

Lançadas estas premissas, com as quais concluo que o afastamento da impetrante, na forma em que arquitetado, implica em ofensa ao primado do devido processo legal, tenho que a ordem deva ser concedida, para o fim de reintegrá-la ao comando do Segundo Ofício de Registro Imobiliário de Balneário Camboriú, até o preenchimento da vaga em face da conclusão do respectivo concurso (atualmente em andamento).

Ressalto, por derradeiro, que nada impede – ao revés, é de todo recomendável – a instauração de regular processo administrativo para apuração dos fatos aqui narrados. A discussão destes autos, a propósito de tudo que se disse até aqui, está circunscrita unicamente à ilegalidade da portaria que afastou a impetrante, sem atingir, a qualquer pretexto, a possibilidade de apuração de ilícitos administrativos porventura tributáveis à atividade exercida pela postulante anteriormente, permitindo-se, inclusive, eventual afastamento das atividades. E caso assim seja, lembro que eventual nova substituição deverá ser feita em favor de quem não exerça a atividade notarial, em face da vedação legal (art. 25 da Lei n.º 8.935/94). Conforme preleciona com precisão Walter Ceneviva,

"O interventor nomeado sofre consequência específica da regra que proíbe a acumulação. Nomeado pelo juiz, quem seja titular de cargo ou função em outro serviço registrário ou notarial, a cujo quadro pertença, não pode continuar vinculado profissionalmente a este" (*Lei dos Notários e Registradores Comentada*, Saraiva, 2006, p. 187).

Dito isso, voto pela concessão da ordem, de modo a reintegrar a impetrante a serventia. Deverão ser resguardados, todavia, os procedimentos curriculares de correição ditados pela douta Corregedoria-Geral da Justiça, atendendo-se o cumprimento da ordem em prazo não superior ao de 15 (quinze) dias.

Remetam-se cópias de todo o processado ao Exmo. Desembargador José Trindade dos Santos, DD. Corregedor-Geral da Justiça deste Tribunal, bem como ao Diretor do Foro da Comarca de Balneário Camboriú, para ciência e providências que parecerem pertinentes.

DECISÃO

Ante o exposto, a Câmara decidiu, por maioria de votos, conceder a segurança postulada.

O julgamento foi realizado em 4 de agosto de 2009, com a participação dos Exmos. Srs. Desembargadores Cid Goulart (Presidente com voto) e Newton Janke.

Lavrou parecer, pela douda Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Guido Feuser.

Florianópolis, 4 de agosto de 2009.

Ricardo roesler
RELATOR

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Newton Janke:

Trata-se de mandado de segurança impetrado por Tatiana Passos, ex-registradora substituta do 2º Ofício de Registro de Imóveis da Comarca de Balneário Camboriú, contra a Portaria nº 239/2004, expedida pela Diretora do Foro da mesma Comarca, que revogou o ato anterior que a mantinha como responsável pela referida serventia desde a transferência, por opção, do titular para o Ofício de Registro de Imóveis e Ofício de Registro Civil da Comarca de Itapema e, ao mesmo tempo, nomeou o titular do 1º Ofício

de Registro de Imóveis da Comarca, Sr. Marco Antônio Schroeder, para acumular as duas delegações.

A impetrante pretende retornar à serventia como registradora substituta e, por conseguinte, reassumir a titularidade provisória até o preenchimento da vaga por delegação proveniente de Concurso Público.

Assim delimitada a controvérsia, é conveniente lembrar que a serventia, inicialmente, foi delegada ao pai da impetrante, Sr. Stalin Passos, que, por meio de ato publicado no Diário da Justiça de 08/02/00, fez a **opção** de se transferir para o Ofício de Registro de Imóveis e Ofício de Registro Civil da Comarca de **Itapema** (Ato nº 157/2000 - fl. 15), criada em 1999.

Concomitantemente à sua transferência, o aludido Registrador requereu a indicação da sua filha para responder pela serventia da Comarca de **Balneário Camboriú**, como a registradora substituta mais antiga (fl. 14), no que foi atendido (Portaria nº 080/2000, da Direção do Foro - fl. 19).

Ao mesmo tempo, impetrou mandado de segurança preventivo (MS nº 1999.022151-2), objetivando impedir a expedição de qualquer ato anulando o concurso, a nomeação e a posse do impetrante no cargo, bem como nomeando qualquer pessoa para responder interinamente pelo Ofício do Registro Imobiliário de Itapema. Postulou também que não se expedisse qualquer ato administrativo determinando que o impetrante optasse pela permanência no Ofício Imobiliário ou promovendo concurso para o preenchimento das respectivas funções.

Essa pretensão mandamental foi, em 2004, à unanimidade, denegada, com o seguinte desfecho:

*"Por todo o exposto, afastadas as prefaciais argüidas e denegada a ordem, como efeito reflexo do presente decimum, de **execução imediata**, temos*

a cessação de qualquer vínculo do Registrador, ora impetrante, e seus prepostos, com o Cartório do 2º Ofício de Registro de Imóveis de Balneário Camboriú e a observância do comando do art. 236 da Constituição da República Federativa do Brasil que determina a abertura de concurso para a serventia vaga, motivo pelo qual se faz necessária a remessa de cópia à Corregedoria-Geral de Justiça e à Vice-Presidência deste Tribunal para as providências cabíveis nestes sentido" (TJSC, MS nº 1999.022151-2, Rel. Des. Salete Silva Sommariva, j. em 16/06/04 – sem o grifo no original).

Cientificada de que a transferência do Titular para outra serventia cessou os seus vínculos e de seus prepostos com o antigo Ofício Imobiliário de Balneário Camboriú, a Diretora do Foro expediu a Portaria nº 239, de 10/09/04, ato aqui apontado como coator (fl. 21).

Diante da opção exercida pelo titular da serventia, questiona-se se o Ofício de Registro de Imóveis vago deve ser temporariamente preenchido pelo substituto mais antigo, em contemplação ao que dispõe o § 2º do art. 39 da Lei Federal nº 8.935/94, *verbis*:

"Art. 39. Extinguir-se-á a delegação a notário ou a oficial de registro por:

I – morte;

II – aposentadoria facultativa;

III – invalidez;

IV – renúncia;

V – perda, nos termos do art. 35;

VI – descumprimento, comprovado, da gratuidade estabelecida na Lei nº 9.534, de 10 de dezembro de 1997.

§ 1º Dar-se-á aposentadoria facultativa ou por invalidez nos termos da legislação previdenciária federal.

§ 2º Extinta a delegação a notário ou a oficial de registro, a autoridade competente declarará vago o respectivo serviço, designará o substituto mais antigo para responder pelo expediente e abrirá concurso".

O texto legal não deixa margem a dúvidas de que, no caso de **extinção da delegação**, provocada por uma das hipóteses antes relacionadas, a serventia torna-se vaga, daí emergindo para o substituto mais antigo o direito de ser designado para responder pelo expediente até a conclusão do concurso público exigido pela Constituição Federal de 1988. Precedente de Minas Gerais bem preconiza essa solução:

"SERVENTIA EXTRAJUDICIAL - REGISTRO DE IMÓVEIS - APOSENTADORIA DO TITULAR - VACÂNCIA DO CARGO - SUA DECLARAÇÃO - CONSEQÜENTE DESIGNAÇÃO DO SUBSTITUTO MAIS ANTIGO ATÉ O SEU PROVIMENTO DEFINITIVO - LEI FEDERAL 8935/94 - Extinta a delegação, por aposentadoria do titular da serventia (notário ou oficial de registro), declarar-se-á a sua vacância, com a conseqüente designação do substituto mais antigo para responder por ela, até o seu provimento definitivo, via concurso público de provas e títulos, a teor do art. 39, §2º, da Lei Federal 8.935, de 18/11/1994, que regulamentou o art. 236 da Lei Fundamental da República" (TJMG, MS nº 1.0000.00.211219-1/000, Rel. Des. Hyparco Immesi, j. em 05/12/02).

Walter Ceneviva, em obra dedicada ao estudo da Lei nº 8.935/94, assim define a extinção:

"O término da delegação acontece por extinção ou perda. A delegação se extingue por fatos próprios da vontade do registrador (aposentadoria facultativa e renúncia) e por fatos estranhos a ela (morte, invalidez, perda por sentença judicial), não incluindo hipótese de aposentadoria compulsória como causa extintiva da delegação, o que reabre a discussão sobre os efeitos da nomeação vitalícia para os serventuários mais antigos.

O substantivo extinção define, neste capítulo, o efeito de ato ou fato referente à pessoa do titular provocador do fim da outorga por delegação. São fatos involuntários a morte e a invalidez, ainda que decorrentes de atos do oficial, e a perda decretada pela autoridade competente. São atos voluntários o pedido de aposentadoria e a apresentação da renúncia.

Quando ocorre a outorga da delegação, o titular desta passa a ser investido de poderes que o habilitam à prática dos atos previstos em lei para a serventia que lhe é atribuída. Extinta a delegação, por qualquer de suas formas mencionadas, cessa imediatamente a investidura, sendo nulos todos os atos praticados, a partir da extinção, pelo antigo titular ou em nome dele, pois os poderes transmitidos deixam de existir" (in Lei dos Notários e dos Registradores Comentada (Lei nº 8.935/94). 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 2006, p. 268 – sem o grifo no original).

Mais adiante, abordando especificamente o § 2º do referido artigo, esclarece o respeitado doutrinador que *"a declaração de vacância consiste em ato formal, publicado no órgão oficial, com a qual a delegação é dada por extinta, cessada para todos os efeitos de direito" (in ob. cit., p. 275).*

Na lição de **Antonio Albergaria Pereira**, em comentário ao mesmo artigo, *"o verbo extinguir tem o sentido de fazer desaparecer, ou perder de todo" (in Comentários à Lei nº 8.935/94. Bauro: EDIPRO, 1995, p. 107).*

No caso concreto, a delegação atribuída ao Sr. Stalin Passos em nenhum momento foi extinta, mas, só e tão-somente, transferida para outra base territorial, por iniciativa dele próprio, para o Ofício de Registro de Imóveis e Ofício de Registro Civil da Comarca de Itapema.

A Lei nº 8.935/94 não se ocupou dessa situação. Nem por isso cabe entender que a ela se aplica, por analogia, o § 2º do art. 39 da Lei nº 8.935/94, que encerra uma regra de exceção a não admitir interpretação extensiva.

O Superior Tribunal de Justiça fez esta ressalva, em um caso oriundo do Rio Grande do Sul, no qual o substituto de serventia pretendia ver reconhecido o direito de exercer a titularidade provisória diante da remoção do titular -, que, como aqui, era seu pai – para outra Comarca. A certa altura, pontuou o acórdão:

"Poder-se-ia argumentar que nas hipóteses de morte e aposentadoria do titular também os contratos de trabalho por ele firmados estariam igualmente rescindidos e nem por isso esta c. Corte deixa de entender como legítimo o substituto mais antigo da serventia. Ocorre que estas hipóteses estão expressas no art. 39, da Lei nº 8935/94, cujo parágrafo segundo dispõe que o substituto mais antigo responderá pela serventia.

Todavia, a hipótese de remoção, como salientado no acórdão recorrido, além de não estar elencada nesse dispositivo (art. 39, Lei nº 8935/94), implicou extinção do vínculo empregatício do recorrente" (STJ, RMS nº 15.958/RS, Rel. Min. Felix Fischer, j. em 20/04/06).

Em outro precedente, o STJ assentou que *"o disposto no art. 39 da Lei 8.935/94 somente se aplica aos casos de extinção de delegação efetiva"* (STJ, RMS nº 17.448/MG, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. em 07/03/06).

De resto, a inaplicabilidade do §2º do art. 39 da Lei nº 8.935/94 ao substituto de serventia consulta aos princípios da eficiência e da moralidade pública.

De fato, como foi dito pelo Conselho Nacional de Justiça no Procedimento de Controle Administrativo nº 200810000011295, relatado pelo Conselheiro Paulo Lobo, *"a escolha de prepostos, especialmente a de substitutos, pelos titulares de serventias extrajudiciais, apesar da necessidade de homologação pelo Juízo competente, em nada vincula o Poder Público. Com efeito, os substitutos de oficiais de registro e notários exercem suas atividades por mera conveniência destes, respondendo pelos serviços nas eventuais ausên-*

cias e impedimentos do titular", daí que "não há falar em direito subjetivo do substituto à titularidade da serventia, visto que, por consequência da destituição da titular precária por parte do Tribunal, findam-se todas as relações empregatícias por ela firmadas, sabendo que a atividade notarial e de registro é exercida em caráter privado".

Entender de modo diverso, no caso específico em que o titular da serventia faz opção, representaria colocar o Judiciário e os tomadores dos serviços notariais e de registro reféns dos interesses particulares em detrimento do superior interesse público.

O caso em exame é emblemático.

O titular da serventia era o titular do 2º Ofício do Registro Imobiliário de Balneário Camboriú, um dos mais rentáveis do Estado, tendo designado e contratado a impetrante, sua filha, para as funções de registradora substituta.

Com a criação da vizinha Comarca de Itapema, outra cidade balneária de pujante e permanente crescimento imobiliário, optou, como direito decorrente do desmembramento da serventia que até então titularizava, pela nova serventia imobiliária ali criada, mantendo sua filha à testa do registro de Balneário Camboriú.

Se, eventualmente, por qualquer razão, a Comarca de Itapema viesse a ser desmembrada, o mesmo registrador poderia optar por nova serventia e deixar, em Itapema, o seu substituto, quer fosse parente ou não. Em outras palavras, este tipo de expediente permitiria a uma família ou a um mesmo grupo estabelecer uma espécie de monopólio da exploração dos serviços de registros públicos.

Nem se diga que a dispensa da impetrante reclamava prévio procedimento administrativo. Isso, sem dúvida, seria necessário se o seu afasta-

mento fosse motivado pela imputação de **fatos e condutas** irregulares que desaconselhassem a sua permanência no exercício das funções.

No caso, porém, a possibilidade de sua permanência não encontrava válida sustentação na lei, de tal modo que, à luz desta situação, a autoridade impetrada podia dispensá-la e nomear outra pessoa para o exercício temporário das funções, tanto mais que, no mandado de segurança inicialmente aludido, se determinara *a "cessação de qualquer vínculo do Registrador, ora impetrante, e seus prepostos, com o Cartório do 2º Ofício de Registro de Imóveis de Balneário Camboriú"*.

Não houve, portanto, espezzinhamento ao inc. LV do art. 5º da Constituição Federal.

Por estas razões, não vislumbrando ofensa a direito líquido e certo da impetrante, divergi da ilustrada maioria, votando pela denegação da ordem.

Florianópolis, 06 de agosto de 2009.

Newton Janke
DESEMBARGADOR

Declaração de voto vencedor do Exmo. Sr. Des. Cid Goulart

Trata-se, em apertada síntese, de mandado de segurança impetrado por Tatiana Passos contra ato que reputa ilegal praticado pela MM. Juíza de Direito e Diretora do Foro da Comarca de Balneário Camboriú, que determinou seu afastamento da condição de registradora substituta do 2.º Ofício Imobiliário da Comarca de Balneário Camboriú, por meio da Portaria n. 239/2004-DF, de 10-9-2004 (fl. 19), que teria violado, segundo

a tese exposta na exordial, disposições da Lei n. 8.935/94, especialmente seus artigos 20 e 39, §2º.

Para exata compreensão da *quaestio* mostra-se necessário um breve retrospecto histórico de como se deram os fatos.

Inicialmente tivemos a edição da Portaria n. 080/2000-DE, datada de 2-6-2000, da lavra do então Juiz de Direito Diretor do Foro da Comarca e colacionada aos autos à fl. 19, que estabelecia:

"Considerando a vacância do Segundo Ofício do Registro de Imóveis, desta Comarca, com a delegação, por opção, do Sr. Stalim Passos, ex-titular da serventia, pelo Ofício do Registro de Imóveis e Ofício do Registro Civil das Pessoas Naturais, Pessoas Jurídicas, Títulos e Documentos da Comarca de Itapema, através do ato nº. 157, de 31/01/2000, do Excelentíssimo Desembargador Presidente do Egrégio Tribunal de Justiça, publicado no Diário da Justiça nº. 10.393, página 01, de 08/02/2000, cujo compromisso, posse e exercício ocorreu em 25 de fevereiro de 2000;

Considerando os termos do Ofício nº. 1384/00, de 23/058/2000, do Excelentíssimo Desembargador Corregedor Geral da Justiça, acolhendo integralmente o Parecer exarado nos Autos nº. CGJ-104/2000 pelo MM. Juiz Corregedor, Dr. Nicanor Calfrio da Silveira;

Considerando que o Sr. Stalim Passos, quando titular do Segundo Ofício do Registro de Imóveis, desta Comarca, designou, através da Portaria Interna nº. 001/96, as Serventia, a Senhora TATIANA PASSOS para exercer a função de Registradora Substituta nas ausências e impedimentos do então titular;

Considerando o disposto no artigo 39, § 2º da Lei nº 8.935/94;

RESOLVE:

Designar TATIANA PASSOS, Escrevente Extrajudicial da Serventia, portadora da Cédula de Identidade nº. 1.575.904, C.P.F. Nº. 876.249.909-20, para responder, por prazo indeterminado, a partir de 25 de fevereiro de 2000, pelo Segundo Ofício do Registro de Imóveis da Comarca de Balneário Camboriú, Estado de Santa Catarina.

Cumpra-se, registre-se, publique-se e afixe-se a presente no local de costume, enviando-se cópia à Serventia, OAB local, e à Egrégia Corregedoria-Geral da Justiça" (fl. 19).

Posteriormente, em 10 de setembro de 2004, a autoridade apontada como coatora baixou a Portaria n. 239/2004-DF, combatida no presente *writ*, e que dispõe:

"Considerando a vacância do Segundo Ofício do Registro de Imóveis, desta Comarca, com a delegação, por opção, do Sr. Stalim Passos, ex-titular da serventia, pelo Ofício do Registro de Imóveis e Ofício do Registro Civil das Pessoas Naturais, Pessoas Jurídicas, Títulos e Documentos da Comarca de Itapema, através do ato n.º 157, de 31/01/2000, do Excelentíssimo Desembargador Presidente do Egrégio Tribunal de Justiça, publicado no Diário da Justiça n.º 10.393, página 01, de 08/02/2000, cujo compromisso, posse e exercício ocorreu em 25 de fevereiro de 2000;

Considerando a decisão prolatada no Mandado de Segurança n.º 1999.022151-2 pelo colendo Tribunal Pleno do Poder Judiciário do Estado de Santa Catarina;

Considerando a decisão do egrégio Conselho da Magistratura, em sessão de 08/09/2004;

RESOLVE:

Art. 1.º - Designar o Senhor MARCO ANTÔNIO SCHROEDER, titular do Primeiro Ofício do Registro de Imóveis, da Comarca, portador da Cédula de Identidade n.º 960036-8 e C.P.F. n.º 002.659.349-15, para responder, por prazo indeterminado, a partir de 13 de setembro de 2004, pelo Segundo Ofício do Registro de Imóveis da Comarca de Balneário Camboriú, Estado de Santa Catarina.

Art. 2.º - Revogar, a partir de 13 de setembro de 2004, a Portaria n.º 080/2000-DF, baixada pela Direção deste Foro em 02 de junho de 2000, que designou a Senhora Tatiana Passos para responder pela referida Serventia.

Cumpra-se, registre-se, publique-se e afixe-se a presente no local de costume, enviando-se cópia à Serventia, OAB local, Tribunal de Justiça e a Corregedoria-Geral da Justiça" (fls. 21/22).

Vislumbrando a ilegalidade do ato supra, a impetrante promoveu, em 21-9-2004, a presente ação mandamental, que após regular trâmite foi apresentada para julgamento pelo douto Desembargador Ricardo Roesler, que votou pela concessão da ordem.

O nobre relator considerou que o acórdão prolatado nos autos do Mandado de Segurança n. 1999.022151-2, referido na Portaria vergastada, não determinou e nem poderia ter determinado a substituição da registradora substituta (ora impetrante); que, por força das disposições contidas nos artigos 20 e 39 da Lei n.º 8.935/94, seria a impetrante sucessora natural do titular removido, enquanto não houvesse abertura de concurso público para seleção de novo Oficial; que o referido artigo 39 seria aplicável mesmo na hipótese dos autos (vacância por força de opção após desmembramento da serventia); que o rompimento do vínculo celetista não seria óbice à manutenção da impetrante como substituta interina; que as aventadas irregularidades na atividade prestada pela impetrante não seriam obstáculo ao seu intento, eis que não houve qualquer procedimento voltado à apuração dos fatos, existindo apenas ação penal ainda por ser julgada; que igualmente não se poderia invocar o interesse público como fundamento do afastamento da impetrante sem o devido processo legal; que seria de todo recomendável a instauração de regular processo administrativo para apuração dos ilícitos administrativos narrados nos autos que poderia culminar, inclusive, em novo afastamento, caso em que eventual substituição deveria ser feita em favor de quem não exerça atividade notarial, por força do art. 25 da Lei n. 8.935/94.

O douto Desembargador Newton Janke, em voto igualmente esmerado, concluiu que o art. 39 da Lei n. 8.935/94 não seria aplicável à espécie, eis que a transferência do titular (pai da impetrante) foi por opção, hipótese não contemplada no referido dispositivo; que o § 2º do art. 39 encerraria regra de exceção, que não admitiria interpretação extensiva ou aplicação analógica; que dita inaplicabilidade também decorreria dos princípios da

eficiência e da moralidade pública; que, conforme decisão do Conselho Nacional de Justiça, a escolha dos prepostos pelos titulares de serventias extrajudiciais não vincularia o Poder Público; que o prévio procedimento administrativo somente seria necessário se o afastamento da impetrante fosse motivado pela imputação de fatos e condutas irregulares; que foi determinado no mandado de segurança n. 1999.022151-2 a "*cessação de qualquer vínculo do Registrador, ora impetrante, e seus prepostos, com o Cartório do 2º Ofício de Registro de Imóveis de Balneário Camboriú*"; concluindo pela inexistência de ofensa a direito líquido e certo da impetrante.

Após analisar detidamente os autos, consultar o inteiro teor dos precedentes mencionados nos bem lançados votos de meus pares e buscar outros subsídios jurisprudenciais, alcancei a conclusão que a ordem pleiteada deve, de fato, ser concedida.

Comungo do entendimento albergado pelo douto relator e, acrescentando-se, anteriormente já defendido pelo eminente Procurador de Justiça Doutor Guido Feuser (pareceres de fls. 315-330 e fls. 743-754) e pelo preclaro Sub-Procurador Geral da República Doutor Antonio Fonseca (parecer de fls. 335-338), no sentido de que o norte a ser seguido é aquele definido pelo art. 39, ou seja, "*Extinta a delegação a notário ou a oficial de registro, a autoridade competente declarará vago o respectivo serviço, designará o substituto mais antigo para responder pelo expediente e abrirá concurso*".

A interpretação do art. 39, § 2.º, de fato, deve ser uniforme em qualquer hipótese de vacância, quer seja por opção ou por qualquer outra causa de extinção da delegação, cabendo ao substituto mais antigo na serventia a responsabilidade pelo expediente.

Se tal providência é incontestável nas hipóteses de morte, aposentadoria facultativa, invalidez, renúncia, perda e descumprimento da gratuidade, não há razão alguma para também não o ser no caso dos autos, isto é, remoção por opção do titular.

Tal conclusão é reforçada se atentarmos para o fato de que o dispositivo supra contempla as hipóteses de perda da delegação, a sanção administrativa mais severa dentre as previstas no art. 32, também da Lei n. 8.935/94, e de descumprimento da gratuidade estabelecida na Lei n. 9.534/97.

Assim, se mesmo nas hipóteses em que o titular é duramente penalizado deve o seu substituto mais antigo ser designado para responder pelo expediente até a realização de concurso, não há porque afastar tal regra no caso de remoção por opção, situação verificada no caso concreto.

Tanto é assim que foi esta a solução adotada pela Portaria n. 080/2000-DF, de 2-6-2000, que faz alusão expressa ao que dispõe o artigo 39, § 2º da Lei nº 8.935/94 (fl. 19).

O ato objurgado, ao seu turno, apresenta como fundamentos novos apenas e tão somente a decisão prolatada pelo colendo Tribunal Pleno desta Corte no Mandado de Segurança n. 1999.022151-2 e decisão do egrégio Conselho da Magistratura datada de 8-9-2004.

O Conselho da Magistratura apenas decidiu que a competência para designação temporária de Notários e Registradores seria do Presidente do Tribunal de Justiça, que delegou tal atribuição aos Juízes Diretores de Foro (fl. 20).

O acórdão proferido no mandado de segurança n. 1999.022151-2, como muito bem pontuou o voto do insigne Desembargador Ricardo Roesler, em momento algum determinou – e nem poderia – a troca do registrador substituto, já que a impetrante somente poderia ser afetada por tal decisão se tivesse integrado referido mandado de segurança, ou, ao menos, lhe fosse assegurado o indispensável contraditório.

Eventuais irregularidades supostamente praticadas pela impetrante ou o ventilado interesse público não podem ser alçados à condição de

sustentáculos do ato apontado como coator, especialmente porque este não apresenta qualquer fundamento neste sentido.

Ademais, tal conclusão esbarraria frontalmente nos princípios basilares do devido processo legal, da ampla defesa e da presunção de inocência.

Por fim, julgo pertinente dar ênfase à minha concordância com relator, mais uma vez, quando este afirmou em seu voto que *"cogitou-se algures, e de passagem, que com a opção e rompimento de vínculos com os prepostos, se conferiria ar de legalidade à indicação de terceiro substituto. No entanto, é visível que tal raciocínio vai de encontro com a lógica da substituição, visto que o rompimento do vínculo do Delegado com seus prepostos, decorrente da extinção da delegação, é exatamente o fato que propicia a sucessão no âmbito da serventia. Caso assim não fosse, em nenhuma hipótese prescrita pelo art. 39 da Lei n.º 8.935/94 haveria a possibilidade de sucessão pelo mais antigo, pois a quebra de vínculo com o Delegado é pressuposto lógico da substituição interina. Dito de outro modo, de sorte a evidenciar o óbvio ululante, somente a extinção da delegação, que tem por consequência a quebra dos vínculos de preposição, é que permite a substituição"*.

Reconheço que os precedentes invocados pelo culto Desembargador Newton Janke me incutiram dúvidas quanto à orientação emanada pelo colendo Superior Tribunal de Justiça.

Verifiquei, entretanto, que a mais recente decisão da Corte Superior que abordou a matéria, da lavra do Ministro Castro Meira, aponta no mesmo norte do voto do relator a que estou aderindo, *verbis*:

ADMINISTRATIVO. RMS. OCUPAÇÃO PROVISÓRIA DE SERVENTIA POR SUBSTITUTO. INTERPRETAÇÃO CONJUGADA DO ART. 20, § 5º, COM A DO ART. 39, § 2º, AMBOS DA LEI Nº 8.935/94.

"Esta Corte Superior firmou sua jurisprudência no sentido de que deve ser designado para responder provisoriamente pelo serviço, até a

realização de concurso público, o substituto mais antigo da serventia, e não o Oficial mais antigo na Comarca" (RMS 15.855RS, Rel. Min. Felix Fischer, DJU de 02.05.06) [julgada em 6-4-2006].

2. Agravo regimental não provido. (AgRg no Recurso Especial n. 778.369-RS, rel. Min. Castro Meira, j. 14-10-2008)

O voto supra é extremamente objetivo, razão pela qual julgo oportuno transcrever a suma do relatório e o inteiro teor de seus fundamentos:

RELATÓRIO

[...]

Sustenta-se que o agravado não teria direito à substituição em razão de não ter vínculo com Estado, o que diferenciaria o caso dos autos **em que houve desdobramento com a simples vacância.**

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO CASTRO MEIRA (Relator): Discute-se o direito do substituto mais antigo **para responder pela serventia remanescente que não foi escolhida pelo notário responsável por cartório desmembrado.**

Observem-se os termos dos artigos 20 e 39 da Lei 8.935/94 que rege a matéria:

Art. 39. Extinguir-se-á a delegação a notário ou a oficial de registro por:

I - morte;

II - aposentadoria facultativa;

III - invalidez;

IV - renúncia;

V - perda, nos termos do art. 35.

VI - descumprimento, comprovado, da gratuidade estabelecida na Lei no 9.534, de 10 de dezembro de 1997. (Inciso incluído pela Lei nº 9.812, de 10.8.1999).

(...)

§ 2º Extinta a delegação a notário ou a oficial de registro, a autoridade competente declarará vago o respectivo serviço, designará

o substituto mais antigo para responder pelo expediente e abrirá concurso.

Art. 20. Os notários e os oficiais de registro poderão, para o desempenho de suas funções, contratar escreventes, dentre eles escolhendo os substitutos, e auxiliares como empregados, com remuneração livremente ajustada e sob o regime da legislação do trabalho.

§ 1º Em cada serviço notarial ou de registro haverá tantos substitutos, escreventes e auxiliares quantos forem necessários, a critério de cada notário ou oficial de registro.

§ 2º Os notários e os oficiais de registro encaminharão ao juízo competente os nomes dos substitutos.

§ 3º Os escreventes poderão praticar somente os atos que o notário ou o oficial de registro autorizar.

§ 4º Os substitutos poderão, simultaneamente com o notário ou o oficial de registro, praticar todos os atos que lhe sejam próprios exceto, nos tabelionatos de notas, lavrar testamentos.

§ 5º Dentre os substitutos, um deles será designado pelo notário ou oficial de registro para responder pelo respectivo serviço nas ausências e nos impedimentos do titular.

Vê-se que não há razão para que se entenda de modo diverso da jurisprudência desta Corte que determina em caso de vacância do titular a nomeação do substituto mais antigo. O artigo 39, § 2º é claro em fixar tal regra quando da extinção da titularidade e, no caso, ao optar por uma daquelas que resultaram do desmembramento.

Ademais, tal determinação decorre de lei, não importando eventual vínculo entre o antigo tabelião e o seu oficial mais antigo que, por óbvio, romper-se-á com o exercício da prerrogativa de ocupação da outra serventia.

Como já exposto na decisão agravada, esta Corte já se manifestou especificamente sobre o tema do desmembramento das serventias gaúchas:

"RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. VACÂNCIA DE SERVENTIA DO FORO EXTRAJUDICIAL. EXERCÍCIO PELO SUBSTITUTO MAIS ANTIGO ATÉ O PROVIMENTO POR CONCURSO PÚBLICO. INTERPRETAÇÃO CONJUGADA DO ART. 20, §5º, COM A DO ART. 39, §2º, AMBOS DA LEI Nº 8.935/94. RECURSO PROVIDO.

"Esta Corte Superior firmou sua jurisprudência no sentido de que deve ser designado para responder provisoriamente pelo serviço, até a realização de concurso público, o substituto mais antigo da serventia e não o Oficial mais antigo na Comarca." (Precedentes).

Recurso provido" (RMS 15.855/RS, Rel. Min. Felix Fischer, DJU de 02.05.06).

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental.

É como voto.

Julgo oportuno destacar meu dissenso quanto aos fundamentos apresentados no Procedimento de Controle Administrativo n. 200810000011295, do Conselho Nacional de Justiça, que além de não fazer qualquer menção ao sempre falado art. 39 da Lei n. 8.935/94, ainda que para afastar sua aplicabilidade, concluiu que o Poder Público não estaria vinculado aos prepostos escolhidos pelos titulares de serventias extrajudiciais.

Ocorre que o Poder Público está vinculado, na realidade, é ao que determina a Lei, e não à vontade do então titular ou, ainda, da autoridade responsável pela declaração da vacância do serviço e pela designação do substituto.

Por tais razões, peço vênia ao nobre Desembargador Newton Janke e acompanho o relator, reconhecendo que o afastamento da impetrante nos moldes determinados pelo ato inquinado violou direito líquido e certo, razão pela qual também voto pela concessão da segurança para o fim de reintegrá-la no Segundo Ofício de Registro Imobiliário de Balneário Camboriú, até o preenchimento da vaga em face da conclusão do respectivo concurso.

Florianópolis, 10 de agosto de 2009.

Cid Goulart
DESEMBARGADOR

SEÇÃO CRIMINAL

REVISÃO CRIMINAL

Revisão Criminal n. 2009.025367-7, de Joaçaba

Relator: Des. Sérgio Paladino

REVISÃO CRIMINAL CONDENAÇÃO POR TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. DECISÃO TRANSITADA EM JULGADO. CIENTIFICACÃO DO REQUERENTE POR EDITAL, SEM O PRÉVIO ESGOTAMENTO DOS MEIOS PARA A SUA LOCALIZAÇÃO. CERTIDÃO DO OFICIAL DE JUSTIÇA QUE NÃO ATESTA QUE ESTIVESSE EM LOCAL INCERTO OU NÃO SABIDO. NECESSIDADE DA INTIMAÇÃO PESSOAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. NULIDADE RECONHECIDA.

É nula a intimação realizada por edital se não foram esgotados os meios possíveis para a localizar o réu, com vistas a cientificá-lo, pessoalmente, da sentença condenatória.

PROCESSO PENAL. PROCURADOR CONSTITUÍDO. RENÚNCIA APÓS A SENTENÇA CONDENATÓRIA. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DO REQUERENTE PARA CONSTITUIR NOVO DEFENSOR. FALTA DE DEFESA. MALFERIMENTO DOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. NULIDADE ABSOLUTA CUJO RECONHECIMENTO SE IMPÕE.

No processo penal, a falta de defesa consubstancia nulidade absoluta.

PROCURADOR INTIMADO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA PELO DIÁRIO DA JUSTIÇA. IMPOSSIBILIDADE. CONCESSÃO DE HABEAS CORPUS DE OFÍCIO PARA INVALIDAR O PROCESSO A PARTIR DO ATO REALIZADO SEM OBSERVÂNCIA DA FORMA PRESCRITA EM LEI, A FIM DE QUE, NA ORIGEM, SE O REFAÇA E SE ENSEJE AO INTERESSADO A OPORTUNIDADE DE RECORRER.

"Não é admissível no processo penal a intimação da sentença por via postal com 'AR'. Também desconhece a lei processual penal a intimação do defensor por publicação da imprensa quando se trata de julgamento de Primeira Instância" (Mirabete, Júlio Fabbrini, Processo penal, 10. ed., rev. e atual., São Paulo, Atlas, 2000, p. 470).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Revisão Criminal n. 2009.025367-7, da comarca de Joaçaba (1ª Vara Criminal), em que é requerente Roberto Carlos Brunetto e interessado Admilso Gonçalves da Silva:

ACORDAM, em Seção Criminal, à unanimidade, acolher a preliminar para declarar a invalidade do processo em apenso relativamente a Roberto Carlos Brunetto a partir da fl. 189, inclusive, e conceder habeas corpus, de ofício, a Admilso Gonçalves da Silva para reconhecer, no que lhe concerne, a nulidade do feito a partir da fl. 178, inclusive, a fim de que, na origem, se refaça a intimação, com observância da forma prescrita em lei, e se lhe enseje oportunidade para, querendo, recorrer.

RELATÓRIO

Na comarca de Joaçaba, Roberto Carlos Brunetto foi condenado às penas de 8 (oito) anos de reclusão, para cujo resgate estipulou-se o regime fechado, e 1200 (mil e duzentos) dias-multa, no valor unitário correspondente ao mínimo legal, pelo cometimento do delito previsto nos arts. 33, caput, e 35, ambos da Lei n. 11.343/06

Após o trânsito em julgado da decisão (fls. 339), intentou revisão criminal, arguindo, preliminarmente, a nulidade do processo em virtude de se haver caracterizado o cerceamento de defesa, dizendo-a ausente, ou, ao menos, deficiente, no caso concreto, invocando, para tanto, o verbete n. 523 da Súmula do Supremo Tribunal Federal.

Suscita, outrossim, a nulidade do processo em razão de não haver sido intimado da renúncia, após a prolação da sentença, do advogado que constituíra, alegando, também, a nulidade da sua intimação, do veredito, realizada por edital, que deveria ser efetivada pessoalmente, gizando, ademais, que foi encarcerado antes de se haver esgotado o prazo fixado no édito.

No mérito, objetiva a absolvição, quer porque inexistem nos autos provas de que tenha cometido os delitos pelos quais foi condenado, quer porque a condenação se baseou em interceptações telefônicas obtidas de forma ilícita, à míngua dos requisitos exigidos pela Lei n. 9.296/96.

Persegue, ainda, a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, à consideração que a ela faz jus quer em razão da primariedade, quer porque não se dedica a atividades ilícitas, nem integra organização criminosas (fls. 02/31).

A inicial veio instruída com documentos (fls. 33/341).

Por força do preceito inscrito no art. 625, § 2º, do Código de Processo Penal, os autos da ação penal n. 037.07.004171-3 foram a estes

anexados, remetendo-se-os à douta Procuradoria-Geral de Justiça que, em parecer do Dr. Demétrio Constantino Serratine, manifestou-se pelo conhecimento e deferimento do pedido (fls. 348/352).

VOTO

Apesar da norma inscrita no art. 621 do Código de Processo Penal não a contemplar, a arguição de nulidade absoluta do processo pode constituir-se em objeto do pedido de revisão, *ex vi* do art. 626 do mesmo digesto.

Com efeito, o requerente foi intimado do teor da sentença condenatória por edital, sem que houvessem sido esgotadas todas as possibilidades de realizá-la pessoalmente. Embora o meirinho tenha se dirigido quatro vezes à residência de Roberto Carlos, não certificou que estivesse em local incerto ou não sabido, havendo atestado, apenas, que deixara cópias do mandado, presumindo que aquele ainda fosse o seu endereço.

Em situação assemelhada, assentou o Superior Tribunal de Justiça:

CRIMINAL. HC. NULIDADE. CITAÇÃO POR EDITAL. NÃO-ESGOTAMENTO DOS MEIOS NECESSÁRIOS À LOCALIZAÇÃO DO RÉU. PRONTA DETERMINAÇÃO DE CITAÇÃO EDITALÍCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ANULAÇÃO DO PROCESSO CRIMINAL. SOLTURA. ORDEM CONCEDIDA. Tratando-se, a citação por edital, de medida de exceção, devem ser esgotadas todas as diligências para o fim de ser localizado o réu, sob pena de restar caracterizada nulidade – como na hipótese *in casu* (HC n. 50311/ES, rel. Min. Gilson Dipp, j. em 18.04.06, disponível em <[www.stj.gov.br/jurisprudencia/integra do acordão](http://www.stj.gov.br/jurisprudencia/integra-do-acordao)> acesso 30 jul. 2009).

No mesmo sentido, decidiu esta Corte:

SENTENÇA - INTIMAÇÃO POR EDITAL SEM ESTAREM ESGOTADOS TODOS OS MEIOS PARA CIÊNCIA PESSOAL - REABERTURA DO PRAZO RECURSAL, A PARTIR DA DEVIDA INTIMAÇÃO - DIREITO DE RECORRER

EM LIBERDADE, ASSEGURADO NA SENTENÇA, QUE É OMISSA SOBRE A MATÉRIA - ORDEM CONCEDIDA (HC n. 2003.021932-3, da Capital, rel. Des. Irineu João da Silva).

Diante disso, configurado o vício da intimação, não se operou o trânsito em julgado da sentença, importando na invalidez do processo a partir do mencionado ato, inclusive.

Ressalta a nulidade do processo, também, do fato dos advogados constituídos pelo requerente haverem renunciado ao mandato, sem que disso tenha sido cientificado com o intuito de constituir novo defensor, ficando, por isso, sem defesa, o que importou no malferimento do princípio constitucional da ampla defesa.

A respeito, sublinha Guilherme de Souza Nucci:

A escolha de defensor de sua confiança, é direito inafastável do acusado, fazendo parte da ampla defesa. Deve haver uma estreita relação de confiança entre o réu e o profissional destacado para ouvir seus segredos e usar todos os recursos cabíveis para garantir o seu indisponível direito à liberdade (Código de processo penal comentado, 2 ed. rev., atual e ampl., São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2003, p. 463).

Em hipótese similar, proclamou esta Câmara, *verbis*:

PROCESSO PENAL - RENÚNCIA DO ADVOGADO CONSTITUÍDO - NOMEAÇÃO DE DEFENSOR DATIVO SEM INTIMAÇÃO DO ACUSADO - NECESSIDADE - VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA LIBERDADE DE ESCOLHA DO DEFENSOR - NULIDADE ABSOLUTA - DECRETAÇÃO, DE OFÍCIO - ANÁLISE DO MÉRITO PREJUDICADA (APR n. 2004.001271-3, de Lages, rel. Des. Irineu João da Silva).

Diante disso, torna-se imperativa a invalidação do processo desde a comunicação da renúncia ao mandato, com vistas a que se intime o requerente para que constitua novo defensor, sob pena de se lhe nomear dativo.

De outro vértice, impõe-se a concessão de habeas corpus, de ofício, ao interessado Admilso Gonçalves da Silva, com vistas a que se declare a nulidade do processo, no que lhe concerne, a partir da intimação do seu procurador constituído do teor da sentença condenatória, visto que efetivada sem observância da forma prevista em lei, consoante revela a certidão de fl. 178 dos autos em apenso.

A intimação da sentença condenatória está disciplinada no art. 392 do Código de Processo Penal, não se a podendo realizar por carta com aviso de recebimento, nem por publicação no Diário da Justiça.

A respeito, assinala Júlio Fabbrini Mirabete:

Não é admissível no processo penal a intimação da sentença por via postal com "AR". Também desconhece a lei processual penal a intimação do defensor por publicação da imprensa quando se trata de julgamento de Primeira Instância (Processo penal, 10. ed. rev. e atual., São Paulo, Atlas, 2000, p. 470).

Em caso assemelhado, decidiu o Superior Tribunal de Justiça, *verbis*:

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. ART. 171, § 3º C/C ART. 14, INCISO II, AMBOS DO CÓDIGO PENAL. NULIDADE. RÉU E ADVOGADO CONSTITUÍDO. SENTENÇA CONDENATÓRIA. INTIMAÇÃO. ORDEM CRONOLÓGICA. IRRELEVÂNCIA. INTIMAÇÃO QUE SE DÁ DE FORMA PESSOAL EM RAZÃO DA NORMA ESPECÍFICA PREVISTA NO ART. 392 DO CPP AFASTANDO A INCIDÊNCIA DA NORMA GERAL PREVISTA NO ART. 370, §§ 1º E 2º DO MESMO CODEX.

Omissis.

II – Em regra, em se tratando de advogado constituído a intimação dos atos processuais se dá por meio de publicação no órgão incumbido da publicação dos atos judiciais, **salvo disposição expressa em contrário.**

III – **Em primeiro grau**, a intimação da decisão condenatória não pode, até por respeito ao disposto no **art. 5º, inciso IV, da Carta Magna**, ser feita pela imprensa. E isto, porque a regra específica

do **art. 392 do CPP** não foi revogada pela norma geral do **art. 370, §§ 1º e 2º** do mesmo **Codex** (com a redação dada pela **Lei nº 9.271/96. Precedentes**. Todavia, tal procedimento não é aplicável às decisões de segundo grau.

Recurso parcialmente provido (REsp n. 873052-TO, rel. Min. Felix Fischer, julgado em 15.03.07, disponível em <[www.stj.jus.br/jurisprudência/integra do acórdão](http://www.stj.jus.br/jurisprudência/integra%20do%20acórdão)> acesso em 30 jul. 2009).

No mesmo rumo, firmou-se o entendimento desta Corte:

Apelação criminal. Defensor constituído intimado da sentença condenatória, por intermédio de publicação no Diário da Justiça, Inviabilidade. Inteligência do artigo 392, do Código de Processo Penal. Retorno dos autos à origem para que se proceda a intimação pessoal do advogado. A regra contida no artigo 370, § 1º do Código de Processo Penal, aplica-se à cientificação das partes para a prática de todos os atos processuais, com exceção à intimação da sentença condenatória, que tem disciplina própria, instituída no artigo 392, do Código de Processo Penal (APR n. 00.005156-0, de Brusque, rel. Des. Maurílio Moreira Leite).

Portanto, efetivada a intimação da sentença sem observância da forma prescrita em lei, impõe-se a concessão de habeas corpus, de ofício, para declarar a invalidez, no tocante ao interessado Admilso, a partir da fl. 178, inclusive, dos autos em apenso, a fim de que, na origem, se a refaça, em conformidade com o preceito inscrito no art. 392 do Código de Processo Penal, e se lhe enseje oportunidade para, querendo, recorrer.

Finalmente, mantém-se a custódia de ambos em virtude do Dr. Juiz de Direito lhes haver negado, na sentença, o direito de recorrer em liberdade.

DECISÃO

Ante o exposto, acolheu-se a preliminar e declarou-se a invalidez dos autos da ação penal n.037.07.004171-3, em apenso, relativamente a Roberto Carlos Brunetto a partir da fl. 189, inclusive, e concedeu-se habeas

corpus de ofício a Admilso Gonçalves da Silva para reconhecer, no que lhe concerne, a nulidade do feito a partir da fl. 178, inclusive, a fim de que, na origem, se refaça a intimação, com observância da forma prescrita em lei, e se lhe enseje oportunidade para, querendo, recorrer.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Torres Marques, Saete Silva Sommariva, Hilton Cunha Júnior, Alexandre D'Ivanenko, Moacyr de Moraes Lima Filho, Marli Mosimann Vargas, Tulio Pinheiro e Newton Varella Júnior, emitindo parecer pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Dr. Demétrio Constantino Serratine.

Florianópolis, 30 de julho de 2009.

Sérgio Paladino
PRESIDENTE E RELATOR

EMBARGOS INFRINGENTES

Embargos Infringentes n. 2008.042597-6, de Criciúma

Relator Designado: Des. Moacyr de Moraes Lima Filho

EMBARGOS INFRINGENTES – TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES – MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS COMPROVADAS – MATERIAL PROSCRITO NÃO APREENDIDO NA POSSE DIRETA DOS EMBARGANTES – IRRELEVÂNCIA – EXISTÊNCIA DE NEXO ETIOLÓGICO – LAUDO PERICIAL VÁLIDO – CONDENAÇÕES PRESERVADAS.

O fato de os entorpecentes não terem sido apreendidos na posse direta dos embargantes, mas sim de terceiro traficante, não restringe a este a demonstração da materialidade delitiva, de modo a ensejar a absolvição dos demais. Deve ser perquirida a existência de nexo etiológico entre réus e as substâncias encontradas, que submetidas a exame pericial foram qualificadas como de uso proscrito.

ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO – CRIME AUTÔNOMO E QUE PRESCINDE DA PRÁTICA EFETIVA DOS DELITOS QUE MOTIVARAM A REUNIÃO – EQUIPARAÇÃO A HEDIONDO – DELITO NÃO PREVISTO EM LISTAGEM TAXATIVA – AFASTAMENTO – ADEQUAÇÃO DO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA.

A associação para o tráfico constitui delito autônomo, ou seja, a sua caracterização não depende da prática de qualquer dos crimes previstos no tipo penal, que, se ocorridos, atraem a regra estabelecida no art. 69, *caput*, do Código Penal.

"O crime de associação para o tráfico não integra a listagem legal de crimes considerados hediondos. Impossível analogia *in*

malam partem com o fito de considerá-lo crime dessa natureza" (Ministra Maria Thereza de Assis Moura).

EMBARGOS ACOLHIDOS PARCIALMENTE.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos Infringentes n. 2008.042597-6, da comarca de Criciúma (1ª Vara Criminal), em que é embargante Fernando Albuquerque de Souza e outro, e embargada A Justiça, por seu Promotor:

ACORDAM, em Seção Criminal, por maioria de votos, dar parcial provimento aos embargos infringentes, para afastar a hediondez do delito de associação, mantidas as demais cominações. Vencido o Exmo. Sr. Des. Torres Marques que divergiu do relator. Custas legais. Designado para o acórdão o Exmo. Sr. Des. Moacyr de Moraes Lima Filho, em face da transferência do relator original para outra câmara.

RELATÓRIO

Cuida-se de embargos infringentes opostos por Fernando Albuquerque de Souza e Wagner Celestino Vitório contra o acórdão de fls. 323/333, que, por maioria de votos, negou provimento às apelações interpostas pelos réus, preservando a condenação de ambos à pena de 7 (sete) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 120 (cento e vinte) dias-multa, por infração aos arts. 12 e 14 da Lei n. 6.368/76.

Os condenados opõem os presentes embargos infringentes visando fazer prevalecer o voto vencido (fls. 334/336), que preconizava pela absolvição dos réus do crime de tráfico, com fulcro no art. 386, II, do Código de Processo Penal, e pelo afastamento da hediondez do crime de associação para tal fim, adequando-se o regime inicial de cumprimento.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Odil José Cota, manifesta-se pelo acolhimento parcial da infringência, a fim de que seja reconhecida a autonomia do delito previsto no art. 14 da Lei n. 6.368/76 e a impossibilidade de equiparação a hediondo, ajustando-se o regime prisional (fls. 430/437).

VOTO

O recurso preenche os pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade, motivo pelo qual deve ser conhecido.

Buscam os embargantes, em conjunto, a absolvição do crime de tráfico ilícito de entorpecentes e o afastamento da equiparação do crime de associação para o tráfico a hediondo, para que seja adequado o regime inicial de cumprimento.

1 A materialidade do tráfico de drogas está ligada à comprovação da natureza proscribita do material apreendido. Até porque a aplicação das políticas que foram implementadas pela Lei n. 11.343/06 (como fazia a lei anterior), conforme dispõe o seu art. 1º, *caput* e parágrafo único, estabelecem mecanismos de prevenção, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas e de repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito das mesmas substâncias, assim consideradas aquelas "*capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União*".

É imprescindível, portanto, que se conheça a qualidade do material destinado à mercancia, a fim de verificar o seu enquadramento no rol de substância proscribitas, que atualmente é informado pela Portaria n. 344/98 da Secretaria da Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde.

Ao obstaculizar o consumo, a produção e a comercialização de drogas utilizando este vocábulo, a Lei n. 11.343/06 inseriu uma norma penal em branco, condicionando a sua aplicação às relações permeadas pela presença

de tais substâncias, que devem estar especificadas em lei ou relacionadas em listas do Poder Executivo da União.

Desse modo, importa destacar que, "*mesmo que uma dada substância seja capaz de causar dependência, enquanto não tiver sido catalogada em lei ou relacionada em lista atualizada pelo Poder Executivo da União (Portaria SVS/MS 344/98), não há tipicidade na conduta daquele que pratique quaisquer das condutas previstas nos arts. 33 a 39*" (GOMES, Luiz Flávio (coord). *Lei de drogas comentada artigo por artigo: Lei 11.343, de 23.08.2006*. 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 26).

No que tange à satisfação de tal necessidade, é assente na doutrina e na jurisprudência, dos Tribunais Superiores e desta Corte, a imprescindibilidade da realização de exame pericial definitivo para a comprovação da materialidade, a fim de que seja atestada a natureza da substância apreendida, não o suprimindo o laudo de constatação, tampouco a prova oral.

Esse é o entendimento doutrinário:

"É imprescindível para a condenação que o laudo pericial definitivo da droga seja positivo, no sentido de demonstrar que realmente se trata de drogas. A prova da materialidade se faz 'com exclusividade' por intermédio do exame clínico-toxicológico (RT, 687:290)" (JESUS, Damásio de. *Lei antidrogas anotada: comentários à Lei n. 11.343/2006*, 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 280).

E:

"[...] Em matéria de drogas, dois são os laudos necessários: o de constatação e o definitivo. O primeiro cumpre o papel de comprovar a materialidade do delito no momento do auto de prisão em flagrante (ou no momento da abertura do inquérito policial, quando este se inicia de outra maneira). O segundo laudo (o definitivo) é o que comprova, de modo insofismável, a natureza e quantidade da droga (GOMES, Luiz Flávio Gomes (coord). *Lei de drogas co-*

mentada artigo por artigo: Lei 11.343, de 23.08.2006. 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 261).

No mesmo sentido, colhe-se da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

"RECURSO ESPECIAL. PENAL. ART. 12, CAPUT, DA LEI N.º 6.368/76. AUSÊNCIA DE LAUDO TOXICOLÓGICO DEFINITIVO. NULIDADE ABSOLUTA. JUNTADA AOS AUTOS.

"1. A juntada aos autos do laudo toxicológico definitivo é indispensável para a comprovação da materialidade do delito de tráfico de drogas. Ao se constatar a ausência do laudo definitivo, o feito deve ser anulado para que ocorra a juntada do exame pericial e a devida intimação das partes.

"2. Recurso provido" (REsp. n. 749.597/RS, rela. Mina. Laurita Vaz, j. em 12/8/2008).

Desta Corte:

"APELAÇÃO CRIMINAL. CRIMES CONTRA A SAÚDE PÚBLICA. RECURSOS DEFENSIVOS. LEVANTADA NULIDADE DA SENTENÇA POR AUSÊNCIA DE REQUISITO ESSENCIAL. DECISÃO QUE OBSERVOU OS DITAMES LEGAIS. PRELIMINAR AFASTADA.

"MÉRITO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. APREENSÃO DE 70 PEDRAS DE CRACK. SENTENÇA PROLATADA SEM A JUNTADA, AOS AUTOS, DO LAUDO TOXICOLÓGICO DEFINITIVO. MATERIALIDADE NÃO COMPROVADA. TIPO PENAL NÃO CARACTERIZADO.

"A materialidade do crime de tráfico de entorpecentes, somente pode ser comprovada por meio do laudo definitivo de pesquisa toxicológica, não servindo para supri-lo o laudo de constatação preliminar elaborado pela autoridade policial" (Apelação Criminal n. 2008.067433-5, de Chapecó, rel. Des. Torres Marques, j. em 23/1/2009).

E:

"APELAÇÃO CRIMINAL – CRIME CONTRA A SAÚDE PÚBLICA – TRÁFICO DE DROGAS – MATERIALIDADE NÃO

COMPROVADA – AUSÊNCIA DE LAUDO TOXICOLÓGICO DEFINITIVO – IMPRESCINDIBILIDADE – ABSOLVIÇÃO QUE SE IMPÕE – RECURSO PROVIDO.

"Para a configuração da materialidade em crime de tráfico de drogas, é indispensável o laudo toxicológico pericial, e não pode a sua falta ser suprida por exame de constatação ou outros meios de prova indireta" (Apelação Criminal n. 2008.065039-7, de Rio do Sul, rel. Des. Solon d'Eça Neves, j. em 19/3/2009).

A necessidade do exame toxicológico definitivo encontra amparo nos arts. 56, *caput*, e 58, §§ 1º e 2º da Lei n. 11.343/06, que exigem a sua requisição e estabelecem requisitos para a incineração dos entorpecentes.

Como se viu, embora existam decisões em sentido contrário (STJ, *Habeas Corpus* n. 19.518/MS, rel. Min. Gilson Dipp, j. em 2/4/2002), a realização do exame definitivo não pode ser suprida por outras provas e pela juntada do laudo de constatação, "*que serve para fundamentar o flagrante e a denúncia (art. 50, § 1º, desta Lei), mas não para dar base à sentença*" (JESUS, Damásio de. *Lei antidrogas anotada: comentários à Lei n. 11.343/2006*, 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 280).

O desvalor imputado ao laudo de constatação decorre da sua provisoriedade e, principalmente, da precariedade da forma pela qual é confeccionado, que pode conduzir, em alguns casos, a resultados equivocados.

Sobre o tema, destaca-se recente julgado deste Tribunal de Justiça:

"APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. ARTIGO 33 DA LEI DE DROGAS (LEI N. 11.343/06). FALTA DE LAUDO PERICIAL DEFINITIVO DA SUBSTÂNCIA APREENDIDA. POSSIBILIDADE DE FALSO POSITIVO NO LAUDO DE CONSTATAÇÃO. MATERIALIDADE NÃO COMPROVADA. HIPÓTESE DO INCISO II DO ARTIGO 386 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. ABSOLVIÇÃO QUE SE IMPÕE.

"A materialidade do tráfico de drogas, para embasar o decreto condenatório, deve ser aferida por meio do laudo pericial definitivo, indispensável para certificar que a substância apreendida era

droga. Na falta de exame pericial, impõe-se absolvição, com fulcro no art. 386, II, do Código de Processo Penal" (Apelação Criminal n. 2008.032005-4, de Navegantes, rel. Des. Subst. Victor Ferreira, j. em 13/08/2008).

Pinça-se do corpo voto:

"Afinal, é possível que o suposto traficante seja mantido em erro pelo fornecedor, revendendo substância quimicamente semelhante, mas que produz reação diversa, em vez de crack. Nesta hipótese, o laudo de constatação poderia ter resultado positivo, mas o laudo definitivo acusaria o engano, descaracterizando o tráfico de drogas.

"O Instituto Geral de Perícias adota as recomendações metodológicas da Organização das Nações Unidas para identificação e análise de produtos ilícitos derivados da coca (*UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME. Recommended Methods for Testing Cocaine*. Disponível em: <http://www.unodc.org/pdf/publications/st-nar-07.pdf>. Acesso em: 23 de julho de 2008).

"Consta deste documento que os resultados positivos obtidos nos testes de cor, usualmente empregados nos laudos de constatação, trazem meras presunções da possível presença de cocaína na amostra, ressaltando que tais testes são inclinados a produzir errôneos resultados positivos, especialmente quando presentes *phencyclidine, dibucaine, butacaine e methapyrilene*".

A exemplo do art. 564, III, "b", do Código de Processo Penal, que dispõe haver nulidade pela falta do *"exame de corpo de delito nos crimes que deixam vestígios, ressalvado o disposto no artigo 167"*, o modelo instituído pela Lei de Drogas apresenta um vestígio do antigo sistema da prova legal ou tarifada, no qual *"a lei impõe ao juiz o rigoroso acatamento a regras preestabelecidas, as quais atribuem, de antemão, o valor de cada prova, não deixando para o julgador qualquer margem de discricionariedade para emprestar-lhe maior ou menor importância"* (CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 336).

Tal sistema, entretanto, não se coaduna com o vigente, da livre convicção ou persuasão racional, por isso deve ser admitido com ponderação,

ormente quando existirem outros elementos que refutem ou demonstrem, de maneira insofismável, a natureza e a quantidade das drogas.

Sobre o referido sistema de apreciação das provas, Paulo Rangel leciona:

"O sistema da prova tarifada que estamos analisando tem resquícios no atual Código de Processo Penal, pois, em seu art. 158 c/c art. 564, III, 'b', a lei exige exame de corpo de delito nas infrações penais que deixam vestígios, sob pena de nulidade. [...] Só o exame de corpo de delito pode não ser necessário para condenação, bem como sua ausência não impedirá a condenação se outros elementos de prova existirem" (*Direito processual penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 424).

Dessarte, a importância conferida ao laudo pericial definitivo não deve decorrer da sua aparente preferência legal, mas sim da notável e, em muitos casos, exclusiva aptidão de comprovar a materialidade do crime de tráfico ilícito de entorpecentes, apontando com segurança a quantidade e a natureza das substâncias apreendidas, a fim de perquirir o seu enquadramento no rol fornecido pelo Ministério da Saúde.

Ademais, esse é o teor do item VII da Exposição de Motivos do Código de Processo Penal:

"Todas as provas são relativas; nenhuma delas terá, *ex vi legis*, valor decisivo, ou necessariamente maior prestígio que outra. Se é certo que o juiz fica adstrito às provas constantes dos autos, não é menos certo que não fica subordinado a nenhum critério apriorístico no apurar, através delas, a verdade material. O juiz criminal é, assim, restituído à sua própria consciência".

Foi esse posicionamento, aliás, que norteou a mencionada decisão do Superior Tribunal de Justiça, que considerou irrelevante a ausência do exame toxicológico definitivo, pois outras provas supriam a comprovação da materialidade. Do corpo do voto proferido pelo Ministro Gilson Dipp, extrai-se:

"Demais disso, vigorando em nosso sistema processual o princípio do livre convencimento do Juiz, não há espaço para priorização de qualquer tipo de prova, certo que a Constituição Federal apenas abomina aquelas obtidas por meios ilícitos, daí ressaíndo que a indicação da espécie vegetal ou química a que pertence determinada substância, para o fim de verificar se está incluída em rol oficial das que determinam dependência física ou psíquica, pode ser feita por qualquer meio lícito, e não só pela prova técnica exteriorizada através do laudo toxicológico definitivo firmado por peritos oficiais" (*Habeas Corpus* n. 19.518/MS, j. em 2/4/2002).

Nesse linha, destaca-se recente decisão do mesmo Tribunal Superior:

"HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES, ASSOCIAÇÃO AO TRÁFICO, LAVAGEM DE DINHEIRO E SONEGAÇÃO FISCAL. NULIDADES. DENÚNCIA ANÔNIMA. POSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE PROVA DA MATERIALIDADE DO DELITO. AUSÊNCIA DE LAUDO TOXICOLÓGICO. PRECINDIBILIDADE. CONJUNTO PROBATÓRIO ROBUSTO A COMPROVAR A MATERIALIDADE DO DELITO.

"[...]

"3. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que a materialidade do crime de tráfico de entorpecentes deve ser comprovada mediante a juntada aos autos do laudo toxicológico definitivo. Entretanto, tal entendimento deve ser aplicado na hipótese em que há a apreensão da substância entorpecente, justamente para se aferirem as características da substância apreendida, trazendo subsídios e segurança ao magistrado para o seu juízo de convencimento acerca da materialidade do delito.

"4. Na hipótese, o laudo de exame toxicológico definitivo da substância entorpecente não é condição única para basear a condenação se outros dados suficientes, incluindo a vasta prova testemunhal e documental produzidas na instrução criminal, militam no sentido da materialidade do delito" (*Habeas Corpus* n. 91.727/MS, rel. Min. Arnaldo Esteves de Lima, j. em 2/12/2008).

Em razão da relevância, extrai-se do voto acima mencionado:

"No que concerne à ausência de laudo toxicológico da droga, colho os judiciosos fundamentos expostos no voto condutor do acórdão impugnado sobre a matéria (fls. 433/434):

"A realização do laudo toxicológico se é necessária quando ocorre a apreensão da substância entorpecente. O fato de não ter sido encontrada droga com o acusado não leva à conclusão de que ele não praticou tráfico. Se assim fosse, o traficante que conseguisse atingir o fim criminoso de transportar e distribuir o entorpecente não poderia ser processado e julgado criminalmente, ao passo que aquele que foi preso pela Polícia e a substância apreendida, enquanto executava o ato delituoso, poderia ser responsabilizado penalmente. Haveria evidente desigualdade, já que os agentes, em ambas situações, merecem ser punidos da mesma forma. Consta-se, então, que, mesmo sem vestígios, a materialidade delitiva pode ser provada por outros meios, como a prova testemunhal e documental. No caso em tela, o testemunho de Waldemar, as provas emprestadas que tratam de diversos narcotraficantes da região ligados a Aldo, a movimentação bancária incompatível com os rendimentos declarados, o recebimento e pagamento de valores a pessoas envolvidas com a traficância e a carta anônima, conjuntamente, dentre as demais provas dos autos, demonstraram que o réu praticou reiteradamente o tráfico de entorpecentes, consistente na importação e distribuição de cocaína, utilizando-se de aeronaves, em associação com Pingo-Soligo e 'Bangual', além de outros".

No caso do autos, no entanto, o material apreendido (fls. 21/23) foi submetido à análise preliminar, da qual foi elaborado o laudo de constatação (fl. 24), e ao exame de identificação de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica, que possibilitou a lavratura do laudo pericial definitivo (fls. 169/172).

O referido exame pericial, registrado sob o n. 9431/05, ao investigar o material encontrado, constatou que os 21 (vinte e um) invólucros plásticos, com peso bruto de 7,2g (sete gramas e dois centigramas), continham um pó branco, no qual foi constatada a presença da substância química cocaína, cujo uso é proibido em todo Território Nacional, porque enquadrada na Lista F1 (Lista das substâncias entorpecentes de uso proscrito

no Brasil) da Portaria n. 344/98 da Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde.

Por oportuno, não se diga que tal prova, que fora produzida pelo Instituto Geral de Perícias, atendendo à requisição da autoridade policial, depois da operação narrada na denúncia, é ilegal ou imprestável.

Inicialmente, vale consignar que o exame pericial, por sua natureza, não é propriamente realizado em Juízo, com a participação das partes, que fica limitada à impugnação posterior das suas conclusões.

Desse modo, a origem da requisição que deu ensejo à investigação do material apreendido – se formalizada neste processo ou naquele em que se perquire a conduta do co-réu – não exerce qualquer influência em seu conteúdo.

Absurdo e pouco econômico seria, se desconsiderado o valor do laudo requisitado por outrem, que se determinasse a realização de nova perícia do mesmo material. Até porque, atentando-se à relatada importância e credibilidade que lhe são conferidas, espera-se a reiteração dos resultados.

Aliás, conforme se observa, a figuração dos embargantes e de Luiz Gustavo da Silva em processos distintos, nos quais a existência de conexão está escancarada, decorreu de critérios de adequação e conveniência do Juízo, que poderia ter, pelos mesmos motivos, promovido a unificação (ou separação), como lhe facultam os arts. 80 e 82 do Código de Processo Penal (HC n. 73.038/SP, rela. Mina. Laurita Vaz, j. em 15/4/2008).

Apreciando caso semelhante, o Pretório Excelso decidiu:

"Prova emprestada e garantia do contraditório. A garantia constitucional do contraditório - ao lado, quando for o caso, do princípio do juiz natural - é o obstáculo mais frequentemente oponível à admissão e à valoração da prova emprestada de outro processo, no qual, pelo menos, não tenha sido parte aquele contra quem se pretenda fazê-la valer; por isso mesmo, no entanto, a circunstância de provir

a prova de procedimento a que estranho a parte contra a qual se pretende utilizá-la só tem relevo, se cuida de prova que - não fora o seu traslado para o processo - nele se devesse produzir no curso da instrução contraditória, com a presença e a intervenção das partes. Não é a hipótese de autos de apreensão de partidas de entorpecentes e de laudos periciais que como tal os identificaram, tomados de empréstimo de diversos inquéritos policiais para documentar a existência e o volume da cocaína antes apreendida e depositada na Delegacia, pressuposto de fato de sua subtração imputada aos pacientes: são provas que - além de não submetidas por lei à produção contraditória (CPrPen, art. 6º, II, III e VII e art. 159) - nas circunstâncias do caso, jamais poderiam ter sido produzidas com a participação dos acusados, pois atinentes a fatos anteriores ao delito (STF, *Habeas Corpus* n. 78.749/MS, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 25/05/1999).

Mesmo que mitigadas essas considerações, verifica-se que foram observados todos os pressupostos que conferem validade à utilização do referido laudo como prova emprestada.

No que tange à adoção de tal instrumento probatório, o Supremo Tribunal Federal, recentemente, no *Habeas Corpus* n. 95.186, que foi julgado em 26/5/2009, admitiu, por unanimidade, "*a utilização de prova emprestada em processo penal, desde que sobre ela ambas as partes fossem cientificadas, a fim de que pudessem exercer o contraditório*" (Informativo do Supremo Tribunal Federal n. 548, disponível em < <http://www.stf.jus.br/portal/informativo/verInformativo.asp?s1=prova%20emprestada&numero=548&pagina=1&base=INFO> >, acesso em 5/6/2009).

Exige-se, por conseguinte, que seja dada a defesa oportunidade para se manifestar sobre a prova trazida, bem como que sejam respeitados os princípios da ampla defesa e do contraditório.

Na espécie, o Laudo Pericial n. 9431/05 foi trasladado dos autos originais – circunstância que fora devidamente certificada – e juntado a este caderno antes do oferecimento das alegações finais, nas quais sobre

as suas conclusões manifestou-se a acusação (fls. 173/186) e a defesa (fls. 192/208 e 210/224).

Satisfeito esse requisito, discute-se a existência de nexo etiológico entre os estupefacientes e os embargantes, bem como se tal circunstância conduz à materialidade delitiva, haja vista que as substâncias proscritas, no momento que foram encontradas pelos agentes da autoridade policial, não estavam na posse direta daqueles.

Antes de adentrar na questão probatória, impende firmar, nos termos de entendimento iterativamente adotado por esta Corte, que *"para a configuração do delito de tráfico de entorpecentes não é preciso que o agente se encontre, quando da prisão em flagrante, na posse direta da droga, sendo suficiente outras provas que possam conduzir à certeza da sua responsabilidade pelo material tóxico apreendido"* (Apelação Criminal n. 33.039, de São José, rel. Des. Álvaro Wandelli, j. em 12/5/1995).

Nesse norte:

"CRIME CONTRA A SAÚDE PÚBLICA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PRETENSÃO ABSOLUTÓRIA DEDUZIDA PELOS RÉUS. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. INVIABILIDADE. DEPOIMENTOS COERENTES QUE, CHANCELADOS PELOS DEMAIS ELEMENTOS DE CONVICÇÃO, CONFEREM SOLIDEZ AO CONJUNTO PROBATÓRIO, AUTORIZANDO AS CONDENAÇÕES.

"Para a configuração do delito de tráfico de entorpecentes não é preciso que o agente se encontre, quando da prisão em flagrante, na posse direta da droga, sendo suficiente outras provas que possam conduzir à certeza da sua responsabilidade pelo material tóxico apreendido' (APR n. 33.039, de São José, rel. Des. Álvaro Wandelli)" (Apelação criminal n. 2005.011841-2, de Itajaí, rel. Des. Sérgio Paladino, j. em 27/9/2005).

E:

"NARCOTRÁFICO - PRELIMINARES - ALEGADO CERCEAMENTO DE DEFESA PELA NÃO APRECIACÃO DO MAGISTRADO DAS NOVAS ALEGAÇÕES FINAIS JUNTADAS - INOCORRÊNCIA - PRECLUSÃO CONSUMATIVA - ATO JÁ PERFECTIBILIZADO ANTERIORMENTE PELO ANTIGO DEFENSOR - AVENTADA INÉPCIA DA DENÚNCIA - INEXISTÊNCIA - INICIAL QUE NARROU OS FATOS DE MODO A POSSIBILITAR, PARA TODOS OS ACUSADOS, CIÊNCIA SOBRE O QUE SE DEFENDER.

"MATERIALIDADE COMPROVADA - PARTICIPAÇÃO E CONHECIMENTO DO ILÍCITO POR PARTE DOS APELANTES CARACTERIZADA ATRAVÉS DOS DEPOIMENTOS DOS POLICIAIS E DE ALGUNS CO-RÉUS.

"PRETENDIDO RECONHECIMENTO DA ATIPICIDADE DA CONDUTA POR NÃO SE ESTAR COM A POSSE DO TÓXICO - IMPOSSIBILIDADE - PRESCINDIBILIDADE DA TRADIÇÃO - EVIDÊNCIAS QUE INDICAM O ANIMUS DE ADQUIRIR O ENTORPECENTE PARA DEPOIS COMERCIALIZÁ-LO" (Apelação criminal n. 2004.011125-8, de Lauro Müller, rel. Des. Souza Varella, j. em 19/10/2004).

E ainda: Apelação Criminal n. 2001.022292-2, de Pomerode, rel. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz, j. em 26/02/2002; Apelação Criminal n. 2008.031969-7, de Palhoça, rel. Des. Sérgio Paladino, j. em 8/7/2008; Apelação Criminal n. 2007.039373-1, de Criciúma, rel. Des. Tulio Pinheiro, j. em 11/3/2008.

Infere-se que o fato de os entorpecentes não terem sido apreendidos na posse direta dos embargantes, mas sim de Luiz Gustavo da Silva, vulgo Nicotina, não restringe a este a demonstração da materialidade delitiva, de modo a ensejar a absolvição dos demais. Deve ser perquirida a existência de nexos etiológico entre réus e as substâncias encontradas, que submetidas a exame pericial foram qualificadas como de uso proscrito.

Comentando o art. 33 da Lei n. 11.343/06, Vicente Grego Filho e João Daniel Rassi se referem a situações análogas:

"Em todas as figuras do art. 33 é admissível a co-autoria ou a participação. Mesmo a *posse* ou a *guarda* podem ensejar a participação. Por exemplo, o indivíduo *A* entrega dinheiro a *B* para que este adquira entorpecente de um terceiro. *B* é preso em flagrante antes da entrega do entorpecente a *A*; este, evidentemente, é co-autor do delito de posse do tóxico praticado por *B*. Ou então: *A* paga a *B* para que este corra os riscos da guarda de entorpecente de propriedade do primeiro; ambos respondem pela guarda ilegítima" (*Lei de drogas anotada*: Lei n. 11.343/2006. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2008. p. 84 – destaques no original).

Na mesma linha, Damásio de Jesus sustenta que a responsabilidade do co-autor "*independe de contato físico com a droga*" (*Lei antidrogas anotada*: comentários à Lei n. 11.343/2006, 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 91).

Renato Marcão, ao tratar da hipótese em que o agente é preso em flagrante quando distante do lugar em que a droga se encontra depositada ou guardada, cita os seguintes precedentes:

"'Guardar ou ter em depósito substância entorpecente, para fim de tráfico, tipifica ilícito de natureza permanente, a ensejar situação de flagrância, muito embora a ausência do agente no local da apreensão' (TJSP, HC 312.146/3/7, 3ª Câmara, j. em 9-5-2000, rel. Des. Golçalver Nogueira, RT 781/582).

"'Nos crimes permanentes, conforme dispõe o artigo 303 do Código de Processo Penal, entende-se o agente em flagrante delito enquanto não cessar a permanência. Assim, pode ser preso em flagrante o agente que mantém em depósito substância entorpecente que seria destinada ao tráfico, embora possa ele não se encontrar, ao ser preso, junto aos tóxicos' (TJSP, HC 140.920-, 1ª Câmara, j. 8-2-1993, rel. Des. Jarbas Mazzoni, JTJ 141/425)" (*Tóxicos*: Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006 - nova lei de drogas. 5. ed., São Paulo: Saraiva, 2008. p. 153).

Não se exige, portanto, a posse direta da droga, "*sendo suficiente outras provas que possam conduzir à certeza da responsabilidade do agente pelo*

material entorpecente apreendido" (Apelação Criminal n. 2001.022292-2, de Pomerode, rel. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz, j. em 26/2/2002).

Ademais, entendimento diverso obstaría sensivelmente o combate ao tráfico de drogas preconizado pelos institutos da Lei em comento, uma vez que os seus instrumentos de repressão ficariam restritos, na maioria dos casos, aos pequenos e médios traficantes, que, por ainda não galgarem do infeliz poderio conquistado pelos grandes, são obrigados a ter prolongado contato direto com aquelas substâncias.

Na espécie, tal liame entre os entorpecentes apreendidos e os embargantes está demonstrado pelo vasto elenco probatório, que comprovam também a formação de uma estável *societas criminis* para a prática do tráfico.

Colhe-se dos elementos probatórios, principalmente dos interrogatórios, das palavras dos policiais e dos relatórios de informação, que os réus, sob o comando de outro traficante não identificado, recebiam a droga, que era estocada em uma propriedade em ruínas, e se revezavam no desenvolvimento da mercancia proscrita – quiçá para dificultar o combate a tal atividade ilícita.

Desse modo, restou indene de dúvidas que a responsabilidade pelas drogas encontradas na operação policial era de Luiz Gustavo da Silva, que estava desenvolvendo a comercialização naquele momento, bem como dos embargantes, cujo turno de "trabalho" na venda de drogas apenas não coincidiu com a ação repressiva do Estado.

Além disso, no curso das investigações, os policiais civis puderam presenciar a atuação dos embargantes e conseguiram identificar, por meio das placas dos veículos, os usuários que adquiriram entorpecentes. Os agentes somente não promoveram a prisão em flagrante delito naquele instante, conforme possibilita o art. 53, II, da Lei n. 11.343/06 (ação controlada

ou flagrante prorrogado), "*com a finalidade de identificar e responsabilizar maior número de integrantes de operações de tráfico e distribuição*".

2 Por outro lado, no que pertine à hediondez do crime de associação para o tráfico, razão assiste aos embargantes.

Salienta-se, antecipadamente, que a associação para o tráfico (prevista tanto na Lei n. 6.368/76 quanto na Lei n. 11.343/06), constitui delito autônomo, ou seja, a sua caracterização não depende da prática de qualquer dos crimes previstos no respectivo tipo penal, que, se ocorridos, atraem a regra estabelecida no art. 69, *caput*, do Código Penal (STJ, *Habeas Corpus* n. 86924/SP, rel. Min. Felix Fischer, j. em 27/3/2008; TJSC, *Apelação Criminal* n. 2008.068899-4, de Itapoá, rel. Des. Torres Marques, j. em 16/1/2009).

Desse modo, considerando a sua independência em relação ao crime de tráfico, que foi equiparado a hediondo pelo art. 2º da Lei n. 8.072/90, a associação para o tráfico escapou do tratamento mais rigoroso conferido pelo Legislador, não podendo ser estendida aquela gravosa previsão legal.

Sobre o tema, Luiz Flávio Gomes discorre:

"Existe decisão no sentido de que este crime é também equiparado a hediondo, logo, sofrendo todos os consectários da Lei 8.072/90. Discordamos. Como já discorremos acima, a CF/88 etiquetou, num rol taxativo, os crimes equiparados à hediondo, quais sejam, tortura, terrorismo e o tráfico ilícito de drogas e substâncias afins. Exclui-se, portanto, o delito de associação" (*Lei de drogas comentada artigo por artigo*: Lei 11.343, de 23.08.2006. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 206).

De mesmo teor, colhe-se da jurisprudência:

"HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. 1. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. CÁLCULO. CRIME CONSIDERADO NÃO HEDIONDO. AGRAVO EM EXECUÇÃO. DECISÃO HOMOLOGATÓRIA DO CÁLCULO CASSADA. CONS-

TRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. CRIME NÃO HEDIONDO. LISTAGEM TAXATIVA DOS CRIMES COM TAL NATUREZA. ANALOGIA. IMPOSSIBILIDADE. 2. ORDEM CONCEDIDA.

"1. O crime de associação para o tráfico não integra a listagem legal de crimes considerados hediondos. Impossível analogia *in malam partem* com o fito de considerá-lo crime dessa natureza.

"2. Ordem concedida para, em confirmação à liminar já deferida, cassar a decisão proferida no acórdão impugnado, para que seja restabelecido o cálculo efetuado pelo juízo da execução criminal, que considerou o crime previsto no artigo 14 da Lei 6.368/76 como não hediondo" (STJ, *Habeas Corpus* n. 56.529/RJ, rela. Mina. Maria Thereza de Assis Moura, j. em 5/3/2009).

E:

"REGIME PRISIONAL. SENTENÇA QUE FIXOU O REGIME INICIAL FECHADO TANTO PARA O DELITO DE TRÁFICO COMO PARA O DE ASSOCIAÇÃO, COM FUNDAMENTO NA HEDIONDEZ. CRIME DE ASSOCIAÇÃO QUE NÃO É EQUIPARADO A HEDIONDO. POSSIBILIDADE DE SE DETERMINAR MODALIDADE MAIS BRANDA DE REGIME CARCERÁRIO, UMA VEZ QUE PREENCHIDOS OS REQUISITOS DO ART. 33, § 2º, "B", DO CÓDIGO PENAL. ALTERAÇÃO, EX OFFICIO, PARA O SEMI-ABERTO QUE SE IMPÕE" (Apelação Criminal n. 2008.078446-1, de Indaial, rel. Des. Alexandre d'Ivanenko, j. em 14/4/2009).

Afastada a incidência dos regramentos mais severos da Lei n. 8.072/90, a fixação do regime inicial de cumprimento para o crime de associação para o tráfico se submete às disposições do Código Penal, que permitem a adoção de modalidade mais branda.

Assim, tendo em vista as penas cominadas aos embargantes e a análise desfavorável das circunstâncias judiciais (culpabilidade e circunstâncias do crime), em relação ao crime do art. 14 da Lei n. 6.368/76, pertinente a fixação do regime inicial semi-aberto, com fulcro no art. 33, §§ 2º, "b", e 3º, do Código Penal.

À vista do exposto, dá-se parcial provimento aos embargos infringentes, a fim de afastar a hediondez do delito de associação, adequando o respectivo regime inicial de cumprimento, e manter as demais cominações.

DECISÃO

Ante o exposto, decide a Câmara, por maioria de votos, dar parcial provimento aos embargos infringentes, para afastar a hediondez do delito de associação, mantidas as demais cominações. Vencido o Exmo. Sr. Des. Torres Marques que divergiu do relator.

O julgamento, realizado no dia 25 de junho de 2009, foi presidido pelo Excelentíssimo Sr. Des. Irineu João da Silva, com voto, e dele participaram os Excelentíssimos Senhores Desembargadores: Carlos Alberto Civinski, Torres Marques, Hilton Cunha Júnior, Alexandre d'Ivanenko, Marli Mosimann Vargas e Túlio Pinheiro. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria Geral de Justiça, o Excelentíssimo Dr. Odil José Cota.

Florianópolis, 25 de junho de 2009.

Moacyr de Moraes Lima Filho
RELATOR

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Torres Marques:

Dissenti da douta maioria em razão dos fundamentos já expostos no voto vencido do julgamento da apelação criminal n. 2007.034694-5 (fls. 334/336), reforçando que entendo insuficientes as provas constantes nos autos acerca da autoria do crime de tráfico de drogas.

Repiso que ao meu ver são precários os elementos produzidos pela acusação no sentido de atribuir a Fernando Albuquerque de Souza e Wagner Celestino Vitório a propriedade do material entorpecente apreendido pela polícia no dia dos acontecimentos narrados na denúncia. O fato de haver indícios de que os réus exerciam o tráfico de drogas no lugar investigado pelos policiais não poderia autorizar a conclusão de que a droga lá encontrada, na posse de terceira pessoa, possuía com eles o necessário vínculo para a caracterização do ilícito em comento. Lembro que o local da abordagem é aberto ao público, nas redondezas de um bar, inclusive.

Em síntese, entendo possível a condenação por tráfico de drogas daquele que não é encontrado na posse direta da substância proibida, desde que devidamente comprovado que tenha praticado qualquer dos verbos incriminadores em relação ao material apreendido, o que penso não ser o caso dos presentes.

Foram estas as razões de minha divergência

Florianópolis, 21 de julho de 2009.

Des. Torres Marques

SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL

RECURSO CRIMINAL

Recurso Criminal n. 2008.059682-8, de Navegantes

Relator: Des. Sérgio Paladino

PROCESSUAL PENAL. NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. RÉU NÃO REQUISITADO PARA A AUDIÊNCIA DE INQUIRÇÃO DE TESTEMUNHAS EM RAZÃO DE SE ENCONTRAR EM HOSPITAL DE CUSTÓDIA PARA SER SUBMETIDO À PERÍCIA. INQUIRÇÃO PRESENCIADA POR SEU ADVOGADO, QUE FEZ PERGUNTAS. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. PREFACIAL REPELIDA.

O direito processual brasileiro, no tocante às nulidades, edificou seu alicerce, dentre outros, no princípio da instrumentalidade das formas, traduzido pelo brocardo *pas de nullité sans grief*, segundo o qual não se decreta nulidade sem prejuízo.

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. HOMICÍDIO QUALIFICADO. IMPRONÚNCIA. INVIABILIDADE. PROVA DA MATERIALIDADE E INDÍCIOS SUFICIENTES DA AUTORIA.

Se o conjunto probatório demonstra a existência do crime e a probabilidade de que o acusado o tenha cometido, inviabiliza-se a impronúncia.

LEGÍTIMA DEFESA. INVOCAÇÃO VISANDO À ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA. EXCLUDENTE DE ILICITUDE QUE NÃO SE ENCONTRA CARACTERIZADA INDIVIDUOSAMENTE

NO CADERNO PROCESSUAL. RECONHECIMENTO INADMISSÍVEL.

APELO DESPROVIDO.

"A legítima defesa só pode ser liminarmente reconhecida quando comprovada de maneira uniforme, transparente e estreme de dúvida" (JC 69/446).

MEDIDA DE SEGURANÇA. APLICAÇÃO NA FASE DA PRONÚNCIA EM DECORRÊNCIA DA INIMPUTABILIDADE DO RÉU, PORTADOR DE DOENÇA MENTAL. REMESSA DOS AUTOS AO CONSELHO DE SENTENÇA EM VIRTUDE DA INVOCÇÃO DA LEGÍTIMA DEFESA. ÓRGÃO COMPETENTE PARA DIRIMI-LA.

RECURSO OFICIAL PROVIDO.

Não há ensejo à absolvição sumária do réu inimputável e simultânea aplicação de medida de segurança quando pende de exame a alegação de que agiu em legítima defesa, tese cuja apreciação compete ao Tribunal do Júri.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso Criminal n. 2008.059682-8, da comarca de Navegantes (Vara Única), em que é recorrente o Dr. Juiz de Direito, *ex officio*, recorrente e recorrido Abel Alves da Silva, e recorrida a Justiça, por seu Promotor:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, à unanimidade, negar provimento ao recurso de Abel e prover o oficial para pronunciá-lo, mantendo-se, contudo, a internação. Custas legais.

RELATÓRIO

Na comarca de Navegantes, o representante do Ministério Público ofereceu denúncia contra Abel Alves da Silva, dando-o como incurso nas

sanções do art. 121, § 2º, inciso II, do Código Penal, pelos fatos assim narrados, *ipsis verbis*:

Consta do presente Inquérito Policial que no dia 15 de junho de 2007, em horário a ser melhor apurado durante a instrução criminal, na rua Lauro Amandio Couto, nº 482, centro, Navegantes, SC, o denunciado ABEL ALVES DA SILVA, com *animus necandi*, por motivo fútil (ciúmes), e de posse de uma faca, desferiu golpes contra a sua companheira Patrícia Borges, de 14 anos de idade, causando-lhe as lesões descritas no laudo de exame cadavérico de fl. 31, que foram causas de sua morte (fls. 02/03).

Recebida a denúncia (fl. 62), citado (fl. 81) e interrogado (fls. 83/86), o réu apresentou defesa prévia, em que postulou a produção de prova oral (fls. 87/89).

Na sequência, o Dr. Juiz de Direito suspendeu o processo a fim de que o acusado fosse submetido a exame de insanidade mental, instaurando-se o respectivo incidente.

Anexado ao caderno processual o exame de levantamento em local de morte violenta (fls. 108/129), o magistrado indeferiu o pedido de liberdade provisória deduzido pelo réu (fls. 149/150).

Acostado aos autos o laudo pericial, que patenteou a inimputabilidade do réu (fls. 23/27 do apenso 1), a instrução retomou a sua marcha, inquirindo-se quatro testemunhas arroladas na exordial acusatória (fls. 177/184) e uma das indicadas na peça de resistência (fl. 210), desistindo as partes quanto às remanescentes.

Ofertadas as derradeiras alegações, na ordem legal (fls. 212/218 e 223/229), o Dr. Juiz *a quo* proferiu a sentença, por intermédio da qual absolveu, sumariamente, o acusado, impondo-lhe, contudo, a medida de segurança de internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico, pelo período mínimo de 3 (três) anos (fls. 230/236).

Inconformado, Abel recorreu, arguindo, preliminarmente, a nulidade do processo por cerceamento de direito de defesa, visto que a audiência de inquirição das testemunhas realizou-se sem a sua presença. Deduz, outrossim, pretensão alternativa à absolvição sumária, com base na sua inimputabilidade, alegando que agiu em legítima defesa, objetivando, também, a impronúncia em virtude da ausência de provas da autoria, bem assim a exclusão da medida de segurança, sustentando que é inconstitucional (fls. 254/266).

Com as contrarrazões (fls. 269/275) e o despacho de manutenção da decisão hostilizada (fl. 276), os autos ascenderam a esta Corte, manifestando-se a douda Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer do Dr. Demétrio Constantino Serratine, pelo conhecimento e desprovimento dos recursos, e retorno dos autos à Diretoria Judiciária para que se os autuassem na classe própria (fls. 284/290).

Após o cumprimento da diligência ordenada pelo despacho de fl. 294, e reiterada à fl. 296, os autos vieram conclusos.

VOTO

Não procede a preliminar de nulidade fundada no cerceamento de defesa, consistente no não comparecimento do réu às audiências de inquirição das testemunhas, à múngua de prejuízo, visto que seu defensor, também nomeado como curador (fl. 164), delas participou, tendo, inclusive, feito perguntas (fls. 177/184 e 210).

Ademais, no tocante às nulidades, o direito processual brasileiro edificou seu alicerce, dentre outros, no princípio da instrumentalidade das formas, traduzido pelo brocardo *pas de nullité sans grief*, consoante o qual não se decreta nulidade sem prejuízo, que, no caso, não restou demonstrado.

Portanto, não há nulidade a proclamar.

Inviabiliza-se, igualmente, a impronúncia, pois, como assentou o magistrado, há provas no processo da existência do crime, que afloram do laudo de exame cadavérico (fls. 36/37), do auto de exibição e apreensão (fl. 48) e do laudo de exame pericial e levantamento do local do crime, acompanhado de fotografias (fls. 108/127), bem assim indícios da respectiva autoria, que emergem da confissão do recorrido (fls. 44/45 e 83/86) e da prova oral colhida durante a instrução (fls. 10/17 e 177/184).

Considerando-se os elementos de persuasão que formam o conjunto probatório, é possível afirmar que há indícios suficientes de que o sentenciado praticou o delito narrado na denúncia.

Descabe, porém, a absolvição sumária, em face da inviabilidade do reconhecimento da legítima defesa nesta fase procedimental, ante a ausência de prova cristalina e isenta de dúvida da respectiva configuração.

Em hipótese assemelhada, decidiu esta Corte:

"Para que o acusado, na fase de pronúncia, seja absolvido sumariamente, faz-se necessário que a excludente de antijuridicidade desponte nítida, clara, plena, segura e de forma indiscutível dos autos" (RCR n. 01.022074-1, de Canoinhas, rel. Des. Torres Marques).

No tocante à internação em hospital de custódia, sua manutenção mostra-se imprescindível, porquanto a decisão que a decretou ostenta motivação suficiente, alicerçando-se na garantia da ordem pública em virtude da periculosidade atestada nos autos, protegendo-se, assim, a sociedade, sem ofender o princípio da proporcionalidade. Ademais, a Suprema Corte cristalizou, na Súmula n. 422, o entendimento segundo o qual "a absolvição criminal não prejudica a medida de segurança, quando couber, ainda que importe privação da liberdade".

De outro vértice, inviabiliza-se a absolvição sumária fundada na doença mental do réu, mesmo que se lhe aplique a medida de segurança de

internação, se ele, ao longo de toda a instrução perseguiu o reconhecimento da legítima defesa, evidenciando-se, assim, que a pronúncia se afigura mais adequada, cabendo ao Conselho de Sentença o exame da invocada excludente de ilicitude, o que o beneficiaria.

Nesse sentido, veja-se precedente do Supremo Tribunal Federal, que se assemelha à hipótese, razão pela qual transcreve-se o seguinte excerto, *verbis*:

Em síntese, a conjugação da absolvição com a medida de segurança conflita com a soberania do Tribunal do Júri, com o direito do cidadão de somente ter a culpa assentada – e esta pressupõe o devido processo legal – após o exercício do direito de defesa perante o Juiz natural – no caso, o Tribunal do Júri. Há de se definir o alcance do disposto no art. 411 do Código de Processo Penal, em harmonia com o ditame maior da Constituição sobre a competência do Tribunal do Júri. Vale dizer que só há a possibilidade de atuação do juízo ou do órgão revisor, à luz desse artigo, quando esta deságüe na simples absolvição, não chegando à imposição de medida de segurança, sempre a pressupor definição sobre a culpabilidade. É que a medida de segurança – repita-se – consubstancia sanção penal, sendo imprescindível, então, que haja o crivo, em termos de julgamento, do órgão competente, do Tribunal do Júri (HC n. 87614 – SP, rel. Min. Marco Aurélio, j. 03.04.2007. Disponível em www.stf.jus.br/jurisprudencia, acesso em 5 mai. 2009).

Consolidando o entendimento *supra*, o parágrafo único do art. 415 do Código de Processo Penal, recentemente alterado pela Lei n. 11.689, de 9 de junho de 2008, dita que a absolvição sumária fundada na inimputabilidade por doença mental mostra-se inviável se esta não for a única tese suscitada pelo acusado.

Portanto, acolhe-se o recurso oficial para pronunciar o réu pelo cometimento, em tese, do crime definido no art. 121, § 2º, inciso II, do Código Penal, para que se o submeta a julgamento pelo Tribunal do Júri, mantendo-se, contudo, a sua internação em hospital de custódia e trata-

mento psiquiátrico, em virtude da evidente periculosidade, comprovada nos autos.

DECISÃO

Ante o exposto, negou-se provimento ao recurso de Abel e proveu-se o oficial para pronunciá-lo, mantendo-se, no entanto, a internação, em face da sua periculosidade.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Salete Silva Sommariva e Tulio Pinheiro, emitindo parecer pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Dr. Demétrio Constantino Serratine.

Florianópolis, 7 de julho de 2009.

Sérgio Paladino
PRESIDENTE E RELATOR

APELAÇÕES CRIMINAIS

Apelação Criminal n. 2009.004305-2, da Capital

Relator: Des. Irineu João da Silva

CRIME MILITAR. EMBRIAGUEZ EM SERVIÇO (CPM, ART. 202). SOLDADO QUE SE APRESENTA, NA CASERNA, PARA INICIAR TURNO DE TRABALHO, VISIVELMENTE EMBRIAGADO. MATERIALIDADE E AUTORIA DEMONSTRADAS PELA PROVA ORAL COLHIDA, QUE DÁ A CERTEZA NECESSÁRIA DA PRÁTICA DO DELITO. AUSÊNCIA DO TESTE DO BAFÔMETRO QUE NÃO OBSTA O RECONHECIMENTO DA INFRAÇÃO. CONDUTA QUE SUBSOME, NA ÍNTEGRA, À PREVISÃO DO CÓDIGO CASTRENSE. CONDENAÇÃO MANTIDA. RECURSO NÃO PROVIDO.

“Caracteriza-se a culpabilidade do policial militar que, conscientemente, ingere bebida alcoólica no dia em que estava de serviço, uma vez que conhece a ilicitude da conduta, não podendo ser excluída a sua imputabilidade” (TJMSP, Apelação Criminal n. 005277/03, 1ª Câmara, rel. Ubirajara Almeida Gaspar, j. 6.4.2004).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 2009.004305-2, da comarca da Capital (Regime Exceção Sucessões e Reg. Pub.), em que é apelante Sandro Márcio Fagundes Rodrigues, 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 Comarca da Capital (Regime Exceção Sucessões e Reg. Pub.) ofereceu denúncia contra Sandro Márcio Fagundes Rodrigues, como incurso nas sanções do art. 202 do Código Penal Militar, pelos seguintes fatos descritos na proemial acusatória (fls. I/II):

Infere-se do caderno indiciário que o denunciado, no dia 27 de maio de 2007, escalado de serviço no Copom do município de Gaspar/SC, iniciando seu turno às 20h, apresentou-se ao serviço em visível estado de embriaguez alcoólica, situação que foi percebida pela Soldado PM Joisi Carla Pasquali, operadora do Copom, que seria substituída pelo denunciado, e pelo Cabo PM Agenor Dias, que, "incontinenti", chamou ao quartel o Sargento PM Denilson Custódio dos Santos, sargento de dia da 2ª Companhia do 10º Batalhão de Polícia Militar.

Diante da condição do denunciado, que exalava forte odor etílico, e apresentava alteração de comportamento na presença dos policiais militares nominados, o Sargento Denilson solicitou ao denunciado que realizasse o exame de teor alcoólico, o que foi negado, porém, presentes os sinais característicos do delito de embriaguez em serviço, recebeu voz de prisão e foi autuado em flagrante.

Concluída a instrução criminal, a denúncia foi julgada procedente, para condenar o réu ao cumprimento da pena de 8 meses de detenção, transformada em prisão, segundo o art. 59 do CPM, a ser cumprida em regime aberto, sendo-lhe concedido o sursis, pelo prazo de dois anos, condicionado à prestação de serviços à comunidade, nos termos da exordial acusatória (fls. 74/80).

Inconformado com a prestação jurisdicional, o acusado apelou, requerendo a absolvição, ao argumento de que "a sentença incorreu em interpretação equivocada da legislação atinente à espécie, impedindo, por

consequente, o amparo de édito condenatório", além do que, "embriaguez" não se confunde com mera "alcoolemia" (teor alcoólico no sangue). No mais, afirmou que, "além do hálito de álcool e do mesmo falar alto, não há mais nenhum relato que ampare um 'visível estado de embriaguez'", havendo que se considerar, ainda, a ausência do dolo de se embriagar, exigido pelo tipo legal (fls. 83/97).

Com as contra-razões (fls. 98/103), nesta Instância, a douta Procuradoria Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Humberto Francisco Scharf Vieira, manifestou-se pelo não provimento do apelo (fls. 111/114).

VOTO

Tratam os autos de crime militar, consistente em "embriagar-se o militar, quando em serviço, ou apresentar-se embriagado para prestá-lo".

Relatam os elementos coletados ao processo que, no dia 27 de maio de 2007, por volta das 20h, ao se apresentar no Copom, onde estava escalado para prestar serviço, o acusado emitia visíveis sinais de embriaguez, tais como, odor alcoólico e voz pastosa e elevada.

Nos dizeres da soldado Joisi Carla Pasquali, em ambas as fases do processo, que aguardava para ser substituída por Sandro Márcio, pode observar que ele, ao chegar, "estava totalmente alterado, ou seja, falando em voz alta e arrastada, e com odor forte de álcool", razão pela qual retirou o revólver calibre 38, que que fica à disposição do policiais, naquela unidade, levando consigo a reserva de armamento, acionando, em seguida, o cabo Agenor Dias e o sargento Denilson Custódio dos Santos. Ao chegar, o sargento solicitou ao réu que realizasse o teste de alcoolemia, sendo recusado, por duas vezes, determinando a ordem de sua prisão (fls. 4 e 37).

O cabo Agenor Rodrigues contou, tanto no Auto de Prisão em Flagrante Delito n. 01/10º BPM/07, quanto diante do Juiz Auditor que,

por volta das 20h, estava armando os policiais, quando "ouviu Sandro falando em voz alta e muito agitado" e, em seguida, foi procurado pela soldado Joisi, que, naquele horário, deixava o serviço e seria substituída por Sandro Márcio, relatando que ele se apresentava em visível estado de embriaguez, entregando-lhe a arma que fica à disposição do Copom, "temendo conseqüências graves". Acrescentou que, ao chegar, o sargento Denilson solicitou ao acusado que fizesse o teste de alcoolemia, porém, ele se negou, razão pela qual foi detido em flagrante. Aduziu que, logo após, na presença do capitão Alberto, Sandro Márcio se trancou em um banheiro, que teve que ser aberto com chave de fenda e, quando saiu do cômodo, "chorava e se jogava no chão, e parecia que estava se sentindo mal", sendo conduzido ao pronto-socorro (fls. 4).

O sargento Denilson Custódio dos Santos relatou que, naquela noite, encontrava-se realizando ronda, e foi solicitado a comparecer ao Copom, "pois o soldado Sandro havia se apresentado em visível estado de embriaguez", encontrando-o sentado junto ao terminal de computador. Em seguida, conversou com ele e constatou que, de fato, "apresentava-se com o comportamento alterado, exalando odor de álcool, fato que era perceptível ao se aproximar do conduzido", solicitando a realização do exame de alcoolemia, entretanto, ele não assentiu, sendo preso em flagrante (fls. 3/4 e 35).

Já o réu, ao ser ouvido quando de sua prisão, alegou que já havia iniciado o serviço, quando o sargento Denilson chegou, "dizendo que ele se encontrava embriagado", imputação que rebateu, porém, o superior ordenou que descesse com ele, pois estava preso. Então, solicitou e foi autorizado a ir ao banheiro, "pois se encontrava com problemas intestinais, fato que contribuiu para que permanecesse mais tempo no local", determinando que "a porta fosse aberta à força", enquanto ainda utilizava o sanitário. Em função disso, "ficou extremamente nervoso, sentindo sintomas físicos, sendo socorrido pelos bombeiros", e conduzido ao hospital. Por fim, in-

dagado acerca da recusa em fazer o teste de alcoolemia, disse que foi "em decorrência da situação confusa em que se encontrava" (fls. 4/5).

Na oportunidade em que foi ouvido pelo juiz auditor, tentando justificar sua conduta, falou que, "no dia dos fatos, estive em um batizado às 10h, onde ingieriu bebida alcoólica, lá ficando até às 15h, o que resultou em infecção intestinal". Disse, também, que "ingeriu cerveja, com churrasco e alguns doces, e foi para casa, onde dormiu um pouco", ressaltando que, "quando se levantou, ainda se encontrava com um pouco de ressaca" (fls. 29/30).

Em sua defesa, trouxe os testemunhos de Luiz Roani de Carvalho e Luciana Aparecida Bittencourt. O primeiro, reportou que, "na manhã do dia dos fatos, havia festa de batizado do filho de parentes em comum", e que ele e o acusado "beberam cerveja e almoçaram", destacando que Sandro Márcio "ingeriu bebida alcoólica normalmente, não apresentando qualquer estado de embriaguez", mencionando que "ele não é dado ao vício alcoólico", sendo que, por volta das 16h, ele foi embora para sua casa (fls. 57).

A segunda testemunha, que também se encontrava na mencionada festividade, disse não ter visto o réu consumir álcool, nem apresentar características de embriaguez, saindo do local em torno das 15h, "porque queria ver um jogo de futebol na televisão, e tinha que trabalhar no período da noite" (fls. 58).

Ora, a conduta ilícita atribuída ao recorrente, motivo de sua condenação, está de todo comprovada, não apenas nos relatos críveis das testemunhas presenciais, como, também, nos próprios dizeres do réu, que assumiu ter ingerido álcool, em que pese negar que o tenha consumido em demasia.

Os militares, cujas palavras gozam de presunção de veracidade, observaram os sinais exteriores de comprometimento da conduta do réu,

concluindo, diante das evidências, que ele estava embriagado, não se detectando, nos autos, elementos capazes de comprometer essa versão ou indicar tendenciosidade em suas assertivas.

Isso, porque, ele exalava forte odor etílico, falava alto e confusamente, o que denotava seu estado alcoolizado, não fosse o fato de ter apresentado um quadro de confusão mental e choro, diante dos colegas.

A par disso, o próprio sentenciado reconheceu ter ingerido cerveja, embora, a seu juízo, tal conduta não tenha provocado nada além de uma "infecção intestinal", ainda que se tenha recusado a realizar o teste de alcoolemia.

É bom que se lembre, por oportuno, que "o teste do bafômetro não é a única prova admitida para se constatar a embriaguez, podendo tal exame ser suprido pela averiguação clínica ou idôneos elementos testemunhais, como as declarações dos policiais que atenderam a ocorrência, que consistem em prova suficiente para a condenação" (Ap. Crim. n. 2002.005205-1, de Itajaí, rel. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz, j. 28.5.2002).

Por isso, não prospera a argumentação da defesa, até, porque, a concentração de álcool, no organismo do réu, é indiferente à imputação do delito, posto que basta que ele demonstre comprometimento de sua capacidade intelectual ou motora, ou ambas, sendo por demais óbvio que o exercício de suas funções na caserna é rigorosamente incompatível com situação de tal viés.

Sobre o tema, traz-se julgado deste Sodalício:

Sabe-se que, apesar de tipificado na legislação penal militar (art. 202 do CPM), não existem parâmetros legais para se determinar quando uma pessoa está ou não embriagada.

A caracterização deste estado também não depende exclusivamente da dose de bebida ingerida pelo acusado, variando por conta da forma como se ingere a bebida (em jejum, alimentando-se, com a

ingestão concomitante de água, num curto espaço de tempo, etc.), a espécie de bebida ingerida (destilada, fermentada) e uma série de outros fatores orgânicos (compleição física, peso, sexo, idade, predisposição genética) (Ap. Crim. n. 2005.003058-9, da Capital, rel. Des. Torres Marques, j. 19.4.2005).

Por derradeiro, mister que se rebata a argumentação da ausência de dolo, porque, a exemplo do que ocorre na justiça comum, é indiferente a intenção do acusado, ao consumir substância capaz de provocar embriaguez, porquanto apenas aquela derivada de "caso fortuito" ou força maior" gera a inimputabilidade, enquanto a embriaguez preordenada, voluntária e ou culposa preservam a capacidade de culpabilidade do agente e a conduta por ele posta em prática.

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, sem voto, e dele participaram os Exmos. Srs. Des. Salete Silva Sommariva e Tulio José Moura Pinheiro, lavrando parecer, pela douda Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Humberto Francisco Scharf Vieira.

Florianópolis, 7 de abril de 2009.

Irineu João da Silva
RELATOR

Apelação Criminal n. 2009.012465-1, de Ibirama

Relator: Des. Irineu João da Silva

PRELIMINAR. DELITO DE LESÕES CORPORAIS (ART. 129, § 9º, DO CP). LEI MARIA DA PENHA. MANIFESTAÇÃO INEQUÍVOCA DA VÍTIMA, NA PRESENÇA DO JUIZ, NO SENTIDO DE QUE NÃO QUERIA VER O RÉU PROCESSADO CRIMINALMENTE, AINDA QUE EM MOMENTO POSTERIOR AO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. DISPONIBILIDADE DA OFENDIDA QUANTO À CONTINUIDADE DA PERSECUÇÃO CRIMINAL. DECRETAÇÃO DA EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE DO AGENTE, DE OFÍCIO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 2009.012465-1, da comarca de Ibirama (1ª Vara), em que é apelante Guido Krüger, e apelada a Justiça Pública, por seu promotor:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, conhecer do recurso e, de ofício, reconhecer extinta a punibilidade do réu, nos termos deste acórdão, prejudicado o exame do mérito. Custas legais.

RELATÓRIO

O representante do Ministério Público oficiante na Comarca de Ibirama (1ª Vara) ofereceu denúncia contra Guido Krüger, como incurso nas sanções do art. 129, § 9º, do CP, pelos seguintes fatos descritos na proemial acusatória (fls. 2/3):

No dia 25 de novembro de 2006, por volta das 12h30min, o denunciado, visivelmente embriagado, dirigiu-se até a residência de sua ex-companheira Rosa Melo, localizada na Rua Marquês do Herval, bairro São Cristóvão e, lá chegando, iniciou uma discussão com a vítima.

Logo em seguida, sem qualquer razão aparente, agrediu-a fisicamente, desferindo um soco em sua boca, causando as lesões corporais descritas no laudo pericial de fl. 51.

Concluída a instrução criminal, a denúncia foi julgada procedente, para condenar o réu ao cumprimento da pena de 1 (um) ano de detenção, em regime aberto, nos termos da inicial acusatória (fls. 132/139).

Inconformado com a prestação jurisdicional, o acusado apelou, requerendo, em síntese, a absolvição, ao argumento de que agiu amparado pela excludente da legítima defesa. Alternativamente, pleiteou a redução da pena aplicada ao mínimo legal (fls. 146/153).

Com as contra-razões (fls. 154/158), nesta Instância, a douta Procuradoria Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Jobél Braga de Araújo, manifestou-se pelo desprovimento do apelo (fls. 183/187).

VOTO

De pronto, verifica-se que deve ser extinta a punibilidade do recorrente, de ofício, quanto ao delito de lesões corporais (art. 129, § 9º, do CP) pelo qual restou condenado.

Nos termos do que tem entendido este relator, a audiência assinalada pela Lei Maria da Penha insere-se no espírito maior do regramento, pois, ao lado de acautelar, com acentuado rigor, as agressões físicas e morais havidas no âmbito familiar, não retira da vítima a titularidade da condução da ação criminal, que, muitas vezes, acaba por se constituir em óbice para a preservação da sociedade conjugal e manutenção do núcleo familiar, cuja proteção jurídica se encontra prevista, com destaque, na Carta Magna.

Nesse particular, segundo precisamente registrou MARIA BERENICE DIAS, "há necessidade de se atentar ao próprio objetivo da Lei Maria da Penha, seu caráter nitidamente protetivo à vítima, muito mais do que

punitivo ao seu agressor" (A lei Maria da Penha na Justiça: a efetividade da Lei n. 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007, p. 119).

Todavia, entendeu este relator por refluir quanto aos efeitos da falta de designação da audiência prevista pela Lei n. 11.340/2006, para a manifestação da ofendida, como condição de procedibilidade para o processamento da ação penal, porquanto, só a implementação do regramento a casos concretos amadurece o espírito e a visão do operador do direito.

A Justiça é um serviço público e deve estar conectado ao seu tempo e às transformações da sociedade, impulsionadas pelo aparecimento de relações muito mais complexas, que exigem olhar multidisciplinar, inclusive, na seara do direito penal. Assim, somente pela integração das normas jurídicas à realidade é que se pode criar uma proposição capaz de suprir uma vontade insuficientemente manifestada na lei, ainda mais quando ela desafia a lógica e o bom senso que devem nortear o papel do julgador.

In casu", em que pese a supressão do rito previsto na Lei Especial, tem-se que, por ocasião da oitiva da vítima, em juízo, ela, expressamente, declarou ao magistrado que "o acusado é um velho doente e nada quer contra ele em termos criminais" (fl. 114), entendendo-se, portanto, tal assertiva, como retratação da representação oferecida, o que, ao fim e ao cabo, adimple o objetivo daquele momento processual, até, porque, revestido de indêntica solenidade.

GUILHERME DE SOUZA NUCCI, comentando o art. 16 da Lei Maria da Penha, ensina:

Não é incomum que mulheres, quando o crime depende de representação (ex.: ameaça), registrem ocorrência na delegacia de polícia, apresentem representação e, depois, reconciliadas com seus companheiros ou maridos, busquem a retratação da representação, que, alguns autores denominam de "renúncia", evitando-se, com isso, o ajuizamento da ação penal ou o seguimento para a transa-

ção, quando viável. Por outro lado, a autêntica "renúncia" seria a vítima manifestar, claramente, a sua intenção em não representar. De toda forma, o art. 16 da Lei 11.340/2006 procura dificultar essa renúncia ou retratação da representação, determinando que somente será aceita se for realizada em audiência especialmente designada "pelo juiz", para essa finalidade, com prévia oitiva do Ministério Público. (...). Portanto, o que se pretende, em verdade, é atingir um maior grau de solenidade e formalidade para o ato, portanto, busca-se alcançar maior grau de conscientização da retratação da mulher, que afastará a punição do agressor. Na audiência, o magistrado deve tornar bem claro à desistente as consequências do seu ato, advertindo-a novamente dos benefícios e medidas de proteção trazidas por esta Lei. A oitiva prévia do Ministério Público, embora estabelecida em lei, parece-nos infrutífera, já que o promotor não poderá impedir o ato. Melhor seria fixar a obrigatoriedade de sua presença nessa audiência, para, também, colaborar no procedimento de esclarecimento da mulher agredida (Leis Penais e Processuais Penais Comentadas. São Paulo: RT, 2007, p. 1.052).

Sobre o valor da manifestação da ofendida, MARIA LÚCIA KARAM registrou, em seu artigo *Violência de gênero: o paradoxal entusiasmo pelo rigor penal* (Boletim do IBCCRIM, n. 168, p. 6, nov. 2006):

Quando se insiste em acusar da prática de um crime e ameaçar com uma pena o parceiro da mulher, contra sua vontade, está se subtraindo dela formalmente, seu direito e anseio a livremente se relacionar com aquele parceiro por ela escolhido. Isso significa negar-lhe o direito à liberdade de que é titular, por tratá-la como se coisa fosse, submetida à vontade de agentes do Estado que, inferiorizando-a e vitimizand-a, pretendem saber o que seria melhor para ela, pretendendo punir o homem com quem ela quer se relacionar – e sua escolha há de ser respeitada, pouco importando se o escolhido é ou não um "agressor" – ou que, pelo menos, não deseja que seja punido.

Nesse contexto, deveria o juiz de primeiro grau ter extinguido a punibilidade do acusado, ante a manifestação inequívoca da vítima, naquele momento do feito, no sentido de que não tinha interesse em ver seu companheiro processado, razão pela qual é de ser reconhecida a extinção

de punibilidade ao recorrente, quanto ao delito de lesões corporais (art. 129, § 9º, do CP).

DECISÃO

Diante do exposto, decidiu a Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, conhecer do recurso e, de ofício, reconhecer extinta a punibilidade do réu, nos termos deste acórdão, prejudicado o exame do mérito.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Sérgio Paladino, sem voto, e dele participaram, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Salete Silva Sommariva e Túlio José Moura Pinheiro, lavrando parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Jobél Braga de Araújo.

Florianópolis, 29 de setembro de 2009.

Irineu João da Silva
RELATOR

Apelação Criminal n. 2009.022987-2, de Balneário Camboriú

Relator: Desembargador Substituto Tulio Pinheiro

APELAÇÃO CRIMINAL. INTERCEPTAÇÃO DE COMUNICAÇÃO (ART. 10 DA LEI N. 9.296/96). APELANTE QUE, EM AUTOS DE AÇÃO CÍVEL, JUNTOU CÓPIA DE E-MAIL ENVIADO PELA VÍTIMA A TERCEIRO, INTERCEPTADO ILICITAMENTE. RECURSO DA DEFESA. PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. AUTORIA E MATERIALIDADE SOBEJAMENTE COMPROVADAS, ESPECIALMENTE DIANTE DAS PALAVRAS DO OFENDIDO, DANDO CONTA DE QUE A RÉ NÃO TINHA ACESSO A SEU ENDEREÇO ELETRÔNICO, TAMPOUCO HAVIA FORNECIDO A ELA A RESPECTIVA SENHA. HIPÓTESE DE INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. AUSÊNCIA, NOS AUTOS, DE COMPROVAÇÃO, PELA ACUSADA, DE QUE OBTEVE O MENCIONADO DOCUMENTO DE MODO LÍCITO OU MEDIANTE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. FATO TÍPICO CONFIGURADO. CONDENAÇÃO MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 2009.022987-2, da Comarca de Balneário Camboriú (1ª Vara Criminal), em que é apelante Pérola Suzane Zucki e apelada a Justiça, por seu Promotor:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por unanimidade, negar provimento ao recurso. Custas legais.

RELATÓRIO

No Juízo da 1ª Vara Criminal da Comarca de Balneário Camboriú, Pérola Suzane Zucki foi denunciada como incurso nas sanções do art. 10 da Lei n. 9.296/96, porque, consoante se depreende da exordial acusatória:

[...] No dia 24 de Junho de 2005, a denunciada aforou ação de reconhecimento e dissolução de sociedade de fato, protocolada junto à Vara da Família Órfãos Infância e Juventude, nessa comarca, nº005.05.051213-1, oportunidade que, de forma consciente, juntou ao processo a cópia de uma mensagem de correio eletrônico (e-mail), interceptada da vítima, Sr. Dickson Sidnei Rosa, que se destinava a terceira pessoa, conforme certidão de fl. 07.

A denunciada agiu livre e conscientemente, interceptando comunicação de informática da vítima [...] (fls. 02/03 – *sic*).

Concluída a instrução criminal, o MM. Juiz Roque Cerutti julgou procedente a denúncia para condenar Pérola Suzane Zucki à reprimenda de 02 (dois) anos de reclusão, em regime aberto, e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa, cada qual no valor de um trigésimo do salário mínimo vigente à data do delito, por infração ao disposto no art. 10 da Lei n. 9.296/96, substituída a sanção corporal por duas penas restritivas de direitos, consistentes em prestação pecuniária e prestação de serviços à comunidade.

Irresignada com o *decisum*, a sentenciada, por meio de seus defensores, interpôs recurso de apelação. Em suas razões (fls. 83/89), postulou a absolvição, ao argumento de que não há nos autos comprovação de que a correspondência foi interceptada pela acusada, pelo que reputou insuficientes as provas colhidas para imputar-lhe a autoria delitiva. Pleiteou, outrossim, a aplicação do princípio do *in dubio pro reo*.

Com as contrarrazões (fls. 91/93), ascenderam os autos a esta Corte, tendo a douta Procuradoria-Geral de Justiça opinado pelo conhecimento e não provimento do apelo (fls. 114/119).

VOTO

Cuida-se de recurso de apelação criminal interposto por Pérola Suzane Zucki contra a sentença que a condenou à pena de 02 (dois) anos de reclusão e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa, pela prática do delito estatuído no art. 10 da Lei n. 9.296/96.

Busca a recorrente a sua absolvição, ao argumento de que as provas colhidas são insuficientes a comprovar a prática do ilícito que lhe é imputado, requerendo, ao final, a aplicação do princípio do *in dubio pro reo*.

Razão, todavia, não lhe assiste.

Consoante se infere da proemial acusatória, no dia 24 de junho de 2005, Pérola Suzane Zucki ajuizou ação de reconhecimento e dissolução de sociedade de fato contra Dickson Sidnei Rosa, oportunidade em que juntou à petição inicial cópia de mensagem eletrônica (e-mail) enviada pelo requerido a uma terceira pessoa, obtida mediante a interceptação ilícita da sua caixa de correio eletrônico.

Tanto a materialidade quanto a autoria delitivas restaram positivadas, decorrendo a primeira da prova documental amealhada, notadamente do documento de fl. 11, referente à cópia da mensagem de e-mail interceptada pela ré, e da certidão de fl. 10, que atesta ser a mencionada cópia parte integrante dos autos de n. 005.05.051213-1, em trâmite na Vara da Família, Órfãos, Infância e Juventude da Comarca de Balneário Camboriú, apresentada pela autora Pérola.

Frisa-se, neste tocante, que muito embora não tenha sido produzido laudo pericial, tais provas são suficientes a confirmar a existência material do delito, mesmo porque se trata de crime que não necessariamente deixa vestígios, hipótese em que a aludida prova pode ser suprida por outros elementos carreados aos autos.

A autoria, por sua vez, também exsurge evidente do caderno processual, notadamente das palavras da vítima.

Dickson Sidnei Rosa, ouvido sob o crivo do contraditório, esclareceu que, nos autos de ação cível, *"a acusada juntou cópia do e-mail que o declarante havia encaminhado para uma moça que estava começando a namorar"*, sendo que *"a acusada obteve cópia dessa mensagem invadindo o e-mail particular do declarante"*. Quanto à respectiva senha de acesso, afirmou que Pérola *"não estava autorizada a ter acesso a caixa postal do declarante"* e *"nunca forneceu a senha para acusada"* (fl. 55 – sic).

Com efeito, as provas carreadas são claras no sentido de que Dickson não entregou à acusada a senha de acesso de sua caixa de mensagens eletrônicas.

Assim, e restando incontestado o fato de que a ré juntou aos autos de ação cível uma cópia de e-mail enviado pelo ofendido por meio da aludida caixa de correio, cabia a ela o ônus de desconstituir a acusação, trazendo prova de que obteve a informação de modo lícito ou mediante autorização judicial, no que não logrou êxito a defesa.

Isso porque, na fase policial, a apelante resguardou-se ao direito constitucional de prestar declarações somente em juízo (fl. 15), enquanto que, na etapa judicial, apesar de regularmente citada (fl. 37), não compareceu ao seu interrogatório (fl. 38), motivo pelo qual foi decretada a sua revelia. E, em sua defesa, não foi possível arrolar quaisquer testemunhas.

Logo, a mera assertiva de que a acusada poderia ter encontrado uma cópia impressa do referido e-mail ou obtido-o por intermédio de uma terceira pessoa, sem qualquer início de prova do alegado, não basta a ilidir a convicção patenteada no sentido de que foi Pérola quem interceptou, ilícita e indevidamente, a caixa de mensagens eletrônicas de Dickson, conseguindo, assim, cópia de e-mail que este havia remetido a terceira pessoa,

mesmo porque a ela interessava devassar o conteúdo das correspondências do ofendido.

Tal fato é o bastante a caracterizar o ilícito descrito no art. 10 da Lei n. 9.296/96, *in verbis*:

Art. 10. Constitui crime realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, ou quebrar segredo da Justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei.

Penas: reclusão, de dois a quatro anos, e multa.

Destarte, comprovadas autoria e materialidade do delito imputado à apelante, a manutenção do édito condenatório é medida que se impõe.

DECISÃO

Ante o exposto, em Segunda Câmara Criminal, por unanimidade de votos, nega-se provimento ao recurso.

O julgamento, realizado no dia 7 de julho de 2009, foi presidido pelo Exmo. Des. Sérgio Paladino, com voto, e dele participou a Exma. Desa. Salete Silva Sommariva. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça lavrou parecer o Exmo. Dr. Sérgio Antônio Rizelo.

Florianópolis, 7 de julho de 2009.

Tulio Pinheiro
RELATOR

Apelação Criminal n. 2009.030449-3, de Orleans

Relator: Desembargador Substituto Tulio Pinheiro

APELAÇÃO CRIMINAL. DENUNCIÇÃO CALUNIOSA (ART. 339 DO CÓDIGO PENAL). RECURSO DA DEFESA. PRELIMINAR DE NULIDADE DO FEITO POR AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO PESSOAL DO DEFENSOR NOMEADO QUANTO AO TEOR DA SENTENÇA. *MERITUM CAUSAE* A SER DECIDIDO EM FAVOR DO RECORRENTE. ANÁLISE DA PREFACIAL PREJUDICADA. MÉRITO. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO. ACUSADO QUE TERIA ATRIBUÍDO FALSA-MENTE A POLICIAL A PRÁTICA DE CRIME DE ABUSO DE AUTORIDADE, SOB A ASSERTIVA DE QUE O MESMO, VALENDO-SE DE SUA FUNÇÃO, OBRIGOU-O A DEVOLVER À REVENDEDORA VEÍCULO QUE NÃO HAVIA QUITADO. RÉU QUE, EMBORA TENHA SE RETRATADO NOS AUTOS DO INQUÉRITO INSTAURADO PARA APURAR O SUPOSTO ABUSO DE AUTORIDADE, ALEGA QUE O FATO DELITIVO OCORREU E QUE APENAS RETIROU O QUE DISSE PORQUE FOI PRESSIONADO PELO POLICIAL. PRESENÇA DE PROVAS A AMPARAR A VERSÃO DEFENSIVA. PALAVRAS DO AGENTE PÚBLICO, DO VENDEDOR E DO GERENTE DA CONCESSIONÁRIA, ADEMAIS, QUE NÃO AFASTAM A POSSIBILIDADE DE QUE O POLICIAL TENHA EXTRAPO-LADO OS LIMITES DE SUA ATUAÇÃO. INSUFICIÊNCIA DE PROVAS A SUSTENTAR O ÉDITO CONDENATÓRIO. ABSOLVIÇÃO QUE SE IMPÕE. APELO PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 2009.030449-3, da Comarca de Orleans (Vara Única), em que é apelante Erick Benedet e apelada a Justiça, por seu Promotor:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por unanimidade, dar provimento ao recurso. Custas legais.

RELATÓRIO

Na Comarca de Orleans (Vara Única), Erick Benedet foi denunciado como incurso nas sanções do art. 339, *caput*, do Código Penal, pela prática da seguinte conduta delitiva, narrada na exordial acusatória:

[...] No dia 10 de dezembro de 2004, o acusado Erick Benedet compareceu na Promotoria de Justiça da Comarca de Lauro Müller, onde declarou que o Policial Civil Antônio Roque Cachoeira compareceu no seu local de trabalho, com a viatura da polícia civil e o obrigou a entrar na viatura e na seqüência o conduziu até a Revendedora Orleans Veículos, nesta cidade.

Na Revendedora, o Policial Cachoeira teria obrigado o acusado a entregar o veículo Vectra que havia adquirido na mencionada revendedora, sob pena de ser preso e, diante das ameaças, o acusado entregou o veículo Vectra à Revendedora Orleans Veículos.

Contudo, após a apuração dos fatos, restou comprovado que o acusado Erick Benedet havia aplicado um golpe na Revendedora Orleans Veículos, e como não possuía o valor de R\$ 8.000,00 (oito mil reais) para pagar a diferença pelo Vectra e com a intenção de recuperar a Saveiro que já havia sido negociada pela revendedora, imputou ao Policial Cachoeira o crime de abuso de autoridade previsto no artigo 4º, letra "h", ou seja, a prática de ato lesivo ao seu patrimônio, mediante abuso e desvio de poder e sem competência legal.

Com essa conduta, o acusado Erick Benedet deu causa a instauração de investigação policial contra o policial Cachoeira, imputando-lhe o crime de abuso de autoridade, sabendo que era inocente, conforme retratação de fls. 09 e 20. [...] (fls. 02/03 – *sic*).

Concluída a instrução criminal, o MM. Juiz Paulo da Silva Filho julgou procedente a denúncia para condenar Erick Benedet à pena de 02 (dois) anos de reclusão, em regime inicial aberto, e ao pagamento de 14 (quatorze) dias-multa, cada qual no valor mínimo legal, por infração ao

art. 339 do Código Penal. Por fim, a sanção corporal restou substituída por duas penas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária (fls. 141/159).

Insatisfeito com o *decisum*, o sentenciado interpôs recurso de apelação. Aduziu, preliminarmente, a nulidade do feito pela ausência de intimação pessoal do defensor que lhe foi nomeado. No mérito, pugnou pela absolvição, sob as assertivas, em suma, de negativa de autoria, de atipicidade da conduta e de inexistência de provas. Subsidiariamente, requereu a desclassificação do crime para o previsto no art. 340 do Estatuto Repressivo, com a consequente extinção da punibilidade, pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva estatal (fls. 172/181).

Com as contrarrazões (fls. 183/193), ascenderam os autos a esta Corte, oportunidade em que douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo conhecimento e não provimento do apelo (fls. 198/207).

VOTO

Cuida-se de recurso de apelação interposto por Erick Benedet contra *decisum* que o condenou pelo crime de denúncia caluniosa (art. 339 do Código Penal).

Em síntese, busca o apelante, preliminarmente, o reconhecimento de nulidade do feito, por falta de intimação pessoal, quanto ao teor da sentença, do defensor que lhe foi nomeado. No mérito, pleiteia a sua absolvição, amparado na negativa da autoria, na atipicidade da conduta que lhe é imputada e na insuficiência das provas colhidas. Subsidiariamente, pugna pela desclassificação para o delito previsto no art. 340 do Estatuto Repressivo, com a consequente extinção de sua punibilidade, pela prescrição.

Inicialmente, deixo de analisar a prejudicial aventada, pois, como cediço: "*Não se declara a nulidade de ato processual se o meritum causae é*

de ser decidido em favor do legitimado a invocá-la" (Apelação Criminal n. 01.009911-0, rel. Des. João da Silva), hipótese em tela.

Isso porque as provas colhidas durante a instrução revelam que o pleito absolutório está a merecer guarida.

Inferese do processado que ao réu Erick Benedet foi imputada a conduta descrita no art. 339 do Código Penal porque teria, na data de 10 de dezembro de 2004, procurado a Promotoria de Justiça da Comarca de Lauro Müller para imputar falsamente ao policial civil Antônio Roque Cachoeira o crime de abuso de autoridade, dando azo, assim, à instauração de inquérito policial contra pessoa que sabia ser inocente.

Segundo consta da denúncia, Erick informou que o policial teria procurado-o em seu local de trabalho e obrigado-o a entrar na viatura e acompanhá-lo até a Revendedora Orleans Veículos, quando então o constrangeu a devolver o automóvel Vectra, que havia recém adquirido naquele estabelecimento, porque supostamente estaria aplicando um golpe na aludida revendedora, já que entregou, na troca do veículo, um automóvel Saveiro sobre o qual pendia financiamento não quitado, e sabia que não teria condições de arcar com a diferença entre os bens, no valor de R\$ 8.000,00 (oito mil reais).

Mais tarde, após a instauração do procedimento administrativo, Erick procurou a Delegacia de Polícia, manifestando desejo de "retirar a representação", o que ensejou a presente ação penal.

Todavia, as provas amealhadas são insuficientes a comprovar a alegada falsidade do fato delitivo imputado por Erick à vítima, senão vejamos:

Em seu interrogatório judicial, Erick afirmou que o policial Antônio Roque Cachoeira, valendo-se de sua autoridade, interveio em favor da concessionária, obrigando-o a devolver o veículo que havia adquirido. Assim foi que *"o depoente denunciou o policial porque este de fato o pegou em seu*

serviço e o obrigou a acompanhá-lo até a revenda, ameaçando que o levaria à Delegacia do contrário", e "foi buscar o depoente para entregar o Vectra a revendedora porque antes Dalci procurou o depoente para que este assinasse o documento de transferência da Saveiro, tendo o depoente se recusado a assinar, porque não havia recebido ainda o documento do Vectra, para transferir o registro de propriedade, de modo que ainda não havia sido feita também a transferência da dívida do financiamento da Saveiro".

Explicitou, ainda, os motivos que o levaram a se retratar, ao asseverar que sofreu pressão por parte do representado para que "retirasse a denúncia", como forma de conseguir reaver o veículo Saveiro, que ainda estava em poder da concessionária, consoante informou: *"Após a denúncia o policial propôs ao depoente que este retirasse a acusação contra o mesmo, sendo que neste caso a saveiro seria devolvida ao depoente. O depoente compareceu então a Delegacia de Orleans e assinou um documento para retirada da denúncia, sendo que então o policial levou o depoente até a loja onde estava guardada a Saveiro e a entregou ao depoente".*

Ao final, salientou que: *"O depoente foi a delegacia e retratou-se da acusação porque o policial cachoeira lhe disse 'a Saveiro nós já temos e vai ser pior pra ti', caso o depoente não retirasse a acusação contra o policial" (fl. 51 – sic).*

E, a corroborar o alegado, tem-se as palavras de Nilza Blasius Becker, sogra do acusado, afirmando que, no dia dos fatos, Erick saiu para trabalhar com o Vectra que havia acabado de adquirir, mas retornou a pé para casa, sendo que *"perguntado sobre o que tinha acontecido o réu falou que o policial Cachoeira esteve no serviço dele (réu) com a viatura da polícia e pegou o carro de volta" e "a depoente ainda perguntou ao réu sobre a Saveiro, e o réu disse que os dois, a Saveiro e o Vectra, tinham ficado lá (em Orleans)".* Não obstante, confirmou que, após a representação, Erick passou a receber ligações do policial, com a proposta de que, caso se retratasse, teria restituído

o automóvel Saveiro, pois *"Cachoeira ligou várias vezes para o réu dizendo que era para ele (o réu) retirar a queixa que assim ele (Cachoeira) devolveria a Saveiro"* (fl. 110 – sic).

De igual modo, Vanusa dos Santos, cunhada de Erick, informou que, *"certo dia ele foi trabalhar com o Vectra e voltou sem o carro, quando perguntaram a ele o porquê, tendo ele dito que o policial 'Cachoeira' tinha ido no serviço do réu e tinha pego o Vectra de volta"*, e *"o réu mencionou que o policial Cachoeira disse que tava pegando o Vectra de volta porque não tinha dado certo os documentos da troca"*. Quanto à retratação de Erick, afirmou que *"Cachoeira começou a ligar para o réu para este retirar a queixa, e assim o réu receberia de volta a Saveiro"*, quando então *"o réu foi até a delegacia e chegando lá assinou as folhas para retirar a queixa do abuso de autoridade"*, sendo que *"daí o Cachoeira devolveu o carro para o réu"* (fl. 111 – sic).

No mais, Vanessa dos Santos, também cunhada de Erick, corroborou os fatos alhures narrados, ao salientar que, certo dia, Erick voltou do trabalho sem o veículo Vectra que estava em seu poder, quando então informou *"que o policial Cachoeira tinha ido de viatura no serviço do réu e tinha pego o carro, alegando (o policial) que tinha dado uns problemas"* e *"disse que foi obrigado a entregar o carro ao Cachoeira já que ele (Cachoeira) estava de viatura, mas mesmo entregando o Vectra não recebeu de volta a Saveiro"*. Observou, ainda, que o policial passou a manter contato telefônico com o réu, quando então este *"contou à depoente e sua família que o Cachoeira estava insistindo para o réu 'tirar a queixa' e assim o réu receberia de volta a caminhonete"* (fl. 112 – sic).

Como visto, a versão defensiva encontra respaldo não apenas nas palavras do acusado, mas também na prova oral coligida em seu favor, que corrobora, de forma coerente e concisa, a justificativa por ele arguida, segundo a qual o policial, ora vítima, efetivamente agiu com abuso de poder,

quando tomou parte na negociação havida entre Erick e a revendedora, bem assim que Erick apenas se retratou porque pressionado pelo policial.

Por sua vez, Antônio Roque Cachoeira, ora ofendido, não negou que esteve com o acusado na revenda de automóveis, mas alegou que soube da transação comercial quando Dalci, vendedor do estabelecimento, procurou a delegacia para registrar um boletim de ocorrência em face de Erick e, então, no mesmo dia, encontrou casualmente o réu e comentou sobre o registro policial, quando então Erick pediu uma carona até a loja, como se infere:

[...] Que na época dos fatos, atendeu na delegacia a pessoa de Dalci, vendedor da revendedora Orleans Veículos, dizendo que o acusado tinha comprado um carro e pago a entrada com um outro carro que ele possuía na época, mas tal carro dado em pagamento não se encontrava pago, com dívida na financeira; Que o declarante registrou em B.O. a comunicação e disse que se encontrasse o acusado diria para ele procurar o mesmo para acertar a situação; Que acabou encontrando o acusado pela cidade e falou para o mesmo sobre a comunicação recebida na delegacia, quando o mesmo disse que já tinha decidido acertar e pediu carona para o declarante até a referida revendedora; Que o declarante deixou o acusado na revendedora e não sabe como as partes acertaram as pendências, não sabendo dizer se o acusado devolveu o Vectra ou não, o que só soube depois; [...] (fl. 87 – *sic*).

Dalci Corrêa da Silva, vendedor da concessionária de veículos, confirmou que Erick chegou ao local acompanhado do policial Cachoeira, e afirmou que *"o declarante foi na delegacia e registrou B.O. por estelionato contra o acusado, sendo que na ocasião a vítima Cachoeira estava junto e ficou de falar com o acusado para ele procurar a revenda e acertar a pendência sem necessidade de inquérito ou processo"*, sendo que, *"mais tarde apareceu na revenda com o Cachoeira e resolveu entregar o Vectra e pegar a Saveiro de volta"* (fl. 88 – *sic*).

Já Vanderlei Cardoso da Rocha, gerente da mencionada loja, também asseverou que o policial Cachoeira teve participação no deslinde do negócio, mas, no intuito de explicar o ocorrido, trouxe uma nova versão aos autos, ao observar que *"o policial Cachoeira disse que conhecia o pai de Erick e que era uma pessoa boa e que com certeza conseguiriam resolver o problema sem maiores infortúnios"* e, *"pelo que chegou a conhecimento do depoente, Dalci e Cachoeira foram falar com Erick e este chegou na loja dirigindo o veículo Vectra"* (fl. 95 – sic).

Ora, não bastasse ser no mínimo estranho o fato do policial ter tomado parte da relação comercial, nada há nos autos a justificar tal medida, porquanto sequer se vislumbra cópia do aventado boletim de ocorrência, supostamente lavrado em desfavor de Erick, nem mesmo resta patente qualquer relação de amizade ou lealdade entre Erick e "Cachoeira", apta a explicar a preocupação do agente público em intervir na resolução do conflito.

Aliás, se o réu estava na posse do veículo Vectra, circunstância que, inclusive, originou a pendência comercial com a loja de automóveis, por quais motivos precisaria de uma carona na viatura policial para se deslocar até a revendedora?

Destarte, diante de tudo o que foi evidenciado no processado não é possível descartar, ao menos a priori, a possibilidade de que o policial tenha extrapolado os limites de sua atuação ou, em outras palavras, de que o fato delitivo imputado por Erick a ele não tenha efetivamente ocorrido, pelo que não resta outra alternativa senão a absolvição do acusado.

Em hipótese assemelhada, esta Corte já decidiu:

[...] Para que se possa imputar a alguém a prática do crime de denúncia caluniosa, mister se faz a demonstração de que o agente tenha motivado a instauração de procedimento administrativo ou judicial contra pessoa que sabia ser inocente. Contudo, se o procedimento a que o agente der causa não puder concluir pela não ocorrência do

fato atribuído, em face da inexistência de provas, a constatação da presença do elemento subjetivo do crime de denúncia caluniosa fica prejudicada, dado que não há como se aferir se o fato imputado era falso ou não. (Habeas Corpus n. 2008.080116-9, rel. Des. Roberto Lucas Pacheco).

É cediço que o direito penal não anda de mãos dadas com a dúvida, muito pelo contrário. A dubiedade, que *in casu* impera neste processo, tamanha a sua importância, foi elevada à qualidade de princípio (*in dubio pro reo*), princípio este, que no dizer de Bettiol, citado por Fernando da Costa Tourinho Filho é a “*base de toda a legislação processual penal de um Estado, inspirado na sua vida política e no seu ordenamento jurídico por um critério superior de liberdade*” (*in* Processo Penal, volume I. São Paulo: Saraiva, p.73).

Aliás, e como se sabe, a “*condenação exige certeza absoluta, fundada em dados objetivos indiscutíveis, de caráter geral, que evidenciem o delito e a autoria, não bastando a alta probabilidade desta ou daquele. E não pode, portando, ser a certeza subjetiva, formada na consciência do julgador, sob pena de se transformar o princípio do livre convencimento em arbítrio*” (RT 619/267). (Apelação Criminal n. 2006.042616-1, rel. Des. Solon d'Eça Neves).

Logo, persistindo dúvida quanto à efetiva inocência daquele a quem o réu imputou a prática de crime, notadamente em razão de evidências, contidas nestes autos, de que o policial possa ter agido de modo abusivo, a absolvição de Erick é medida que se impõe, a teor do art. 386, VI, do Código de Processo Penal.

Destarte, proferido o édito absolutório, restam prejudicadas as demais alegações recursais.

DECISÃO

Ante o exposto, a Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, dá provimento ao recurso para absolver Erick Benedet da imputação pela prática do crime previsto no art. 339 do Código Penal, com fulcro no art. 386, VI, do Código de Processo Penal.

O julgamento, realizado no dia 8 de setembro de 2009, foi presidido pelo Exmo. Des. Sérgio Paladino, com voto, e dele participou o Exmo. Des. Irineu João da Silva. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça lavrou parecer o Exmo. Dr. Sérgio Antônio Rizelo.

Florianópolis, 09 de setembro de 2009.

Tulio Pinheiro
RELATOR

TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL

APELAÇÃO CRIMINAL

Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2009.012947-9, de Mafra

Relator: Des. Torres Marques

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A LIBERDADE SEXUAL. TENTATIVA DE ESTUPRO.

ILEGITIMIDADE ATIVA *AD CAUSAM* DO MINISTÉRIO PÚBLICO. VÍTIMA HIPOSSUFICIENTE, SUBSCREVENTE DE TERMO DE REPRESENTAÇÃO DENTRO DO PRAZO DECADENCIAL. EXIGÊNCIAS LEGAIS ATENDIDAS. INTELIGÊNCIA DO ART. 225, §§ 1ª, II, E 2º, DO CP.

INÉPCIA DA DENÚNCIA POR NÃO DESCREVER AS CIRCUNSTÂNCIAS DO FATO. EXORDIAL QUE SATISFAZ OS PRESSUPOSTOS DO ART. 41 DO CPP, COM DESCRIÇÃO PRECISA E ADEQUADA SOBRE O FATO TIDO POR DELITUOSO.

NULIDADE DA SENTENÇA POR FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO COMANDO DO ART. 93, IX, DA CF. MOTIVOS EXPLICITAMENTE DECLINADOS NA DECISÃO, COM EXAME EXAUSTIVO DA MATÉRIA E DA QUESTÃO FÁTICA.

NULIDADE POR AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO DA DECISÃO QUE DEFERIU A INQUIRIRÇÃO DA VÍTIMA REQUERIDA PELA ACUSAÇÃO NA FASE DE DILIGÊNCIAS. ATO

JUDICIAL QUE PRESCINDE DE FUNDAMENTAÇÃO, POR NÃO SER DECISÓRIO.

LAUDO PERICIAL REALIZADO NA FASE POLICIAL. ALEGADA NULIDADE POR VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO. DESNECESSIDADE DE PARTICIPAÇÃO DA DEFESA NA FASE INQUISITORIAL, POR SE TRATAR O INQUÉRITO POLICIAL DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIOS RESERVADOS PARA A FASE JUDICIAL.

INQUÉRITO POLICIAL. SUSCITADA ILEGALIDADE DAS DECLARAÇÕES TESTEMUNHAIS, POR INOBSERVÂNCIA DOS DITAMES LEGAIS ATINENTES. EVENTUAIS VÍCIOS QUE NÃO REPERCUTEM NA AÇÃO PENAL, QUEM TEM INSTRUÇÃO PROBATÓRIA PRÓPRIA.

PRELIMINARES AFASTADAS PELA NÃO CONFIGURAÇÃO DE QUALQUER DOS VÍCIOS APONTADOS.

MÉRITO. DECLARAÇÕES DA VÍTIMA FIRMES E COERENTES, APONTANDO O ACUSADO COMO AUTOR DO ABUSO SEXUAL A QUE FOI SUBMETIDA. NEGATIVA DE AUTORIA ISOLADA NOS AUTOS. PRETENDIDA DESCLASSIFICAÇÃO PARA A FIGURA DA CONTRAVENÇÃO DESCRITA NO ART. 61 DO DECRETO-LEI N. 3.688/41. INVIABILIDADE DIANTE DA PROVA PRODUZIDA.

A conduta praticada pelo acusado não se restringiu à simples importunação ofensiva ao pudor, pois valendo-se de sua superioridade física agarrou a vítima e tocou-lhe as partes íntimas por debaixo das vestes, evidenciando com expressões chulas o seu desejo de manter relação sexual, o que configura o crime de estupro na sua forma tentada.

RECURSO DEFENSIVO NÃO PROVIDO.

RECURSO DA ACUSAÇÃO. PRETENDIDO RECONHECIMENTO DA AGRAVANTE GENÉRICA PREVISTA NO ART. 61, II, "H", DO CP – CRIME PRATICADO CONTRA VÍTIMA COM IDADE SUPERIOR A 60 ANOS. FATO COMETIDO APÓS A EDIÇÃO DO ESTATUTO DO IDOSO (LEI N. 10.741/03). CRITÉRIO OBJETIVO SATISFEITO. APLICAÇÃO DA MAJORANTE QUE SE IMPÕE. RECURSO PROVIDO.

O reconhecimento da agravante genérica de cometer crime contra idoso, dispensado qualquer questionamento a respeito da capacidade defensiva da vítima, tendo em vista o disposto no art. 1º do Estatuto do Idoso (Lei n. 10.741/03), que assegura direitos às pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2009.012947-9, da comarca de Mafra (1ª Vara Cível/criminal), em que são apelantes/apelados Avelino Ferreira e a Justiça, por seu Promotor:

ACORDAM, em Terceira Câmara Criminal, por votação unânime, afastar as preliminares, negar provimento ao recurso defensivo e dar provimento ao apelo interposto pelo Ministério Público. Custas na forma da lei.

RELATÓRIO

Na comarca de Mafra, 1ª Vara Cível e Criminal, o representante do Ministério Público denunciou Avelino Ferreira, dando-o como incurso nas sanções do artigo 213, combinado com o artigo 14, inciso II, ambos do Código Penal, pelos fatos assim narrados na exordial:

"No dia 12 de junho de 2008, por volta das 10 horas, a vítima Maria Tereza Steklan (nascida aos 13/3/1941) estava passando próxima à linha férrea, no bairro Vila Argentina, nesta cidade, quando o

denunciado Avelino Ferreira a chamou para que o ajudasse mudar um sofá de lugar dentro da sua residência, tendo a vítima atendido ao apelo.

"Após adentrar na casa do denunciado, a vítima percebeu que Avelino Ferreira encontrava-se sozinho, tendo ele, então, empurrado o sofá contra a porta, impedindo que a vítima saísse do local.

"Ato contínuo, utilizando-se de violência física, o denunciado agarrou a vítima pelas costas, causando-lhe as lesões corporais descritas no laudo pericial de fl. 31, momento em que colocou as mãos dentro de suas partes íntimas, dizendo: 'me dá sua vaca, vagabunda, puta', tentando, dessa forma, constrangê-la à conjunção carnal, fato este que não se consumou por circunstâncias alheias à sua vontade, porquanto a vítima começou a gritar e, mesmo sendo segurada pelo pescoço, conseguiu se desvencilhar do denunciado.

"Não satisfeito, o denunciado tentou pegar uma faca (descrita no Termo de Apreensão de fl. 5) para consumir seu intento bestial, no entanto, a vítima conseguiu fugir do local e pedir ajuda aos vizinhos, os quais acionaram a polícia militar, tendo sido o denunciado preso em flagrante delito" (fls. II e III).

Ao término da instrução, a denúncia foi julgada procedente para condená-lo à pena de 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, como incurso nas sanções do artigo 213, combinado com o artigo 14, inciso II, ambos do Código Penal.

O acusado foi pessoalmente intimado da sentença condenatória (certidão de fl. 178).

Inconformados com o resultado, o representante do Ministério Público e a Defesa interuseram recurso de apelação.

O primeiro objetiva a reforma da sentença para que seja reconhecida a agravante de ter sido o crime cometido contra pessoa maior de 60 anos (art. 61, II, "h", do CP), e a conseqüente adequação da pena – fls. 169/176.

A defesa aponta em preliminar a nulidade da ação penal sob os seguintes fundamentos: a) por ilegitimidade do Ministério Público; b) por ausência de fundamentação da sentença; c) por falta de motivação da decisão que deferiu a inquirição da vítima; d) por inépcia da denúncia que não "descreve e não frisa as circunstâncias do fato delituoso"; e) o laudo pericial e toda prova produzida pela autoridade policial não observou o disposto no art. 6º do CPP.

No mérito o objetivo é absolvição, porquanto não ocorreu a conjunção o que obsta "a perfeita tipificação do delito". Além disso, é afirmado que na instrução não ficou demonstrado que o acusado, com sua conduta, tivesse buscado "satisfazer sua própria luxúria" e que inexistiu qualquer ato de violência ou mesmo grave ameaça com uso de arma branca. Em caso de entendimento diverso, pugna pela desclassificação da conduta para aquela descrita no art. 61 da Lei das Contravenções Penais (fls. 189/196).

Contrarrazões às fls. 189/196 e 199/206.

A Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pelo provimento do apelo interposto pelo representante do Ministério Público, negando-se provimento àquele interposto pela Defesa (fls. 211/213).

VOTO

Avelino Ferreira foi condenado pela prática do crime de estupro na forma tentada, cometido contra a vítima Maria Tereza Steklain, ocorrido no dia 12 de junho de 2008, no interior de sua residência.

Inconformado com o resultado, o réu interpôs recurso suscitando algumas preliminares.

Quanto à alegação de ilegitimidade ativa do representante do Ministério Público, registra-se que nos crimes contra a liberdade sexual, a ação penal, via de regra, é privada, procedendo-se mediante queixa-crime.

Todavia, essa regra comporta exceção transmudando a ação penal em pública condicionada à representação quando preenchidos os pressupostos descritos no art. 225, § 1º, I e II, do CP, ou seja, quando a vítima ou seus representantes legais não puderem "prover às despesas do processo, sem se privar de recursos indispensáveis à manutenção própria ou da família", ou quando o crime é praticado "com abuso de pátrio poder, ou da qualidade de padrasto, tutor ou curador", condições que conferem legitimidade ativa *ad causam* ao Ministério Público.

No caso, a vítima, ao registrar a ocorrência perante a autoridade policial, imediatamente manifestou "interesse em representar criminalmente contra o autor" do fato, subscrevendo posteriormente o Termo de Representação constante à fl. 32, ao qual foi anexado o Atestado de Pobreza (fl. 33), em que esclarece que não ter condições de arcar com as despesas do processo.

Ressalte-se, ainda, que a dispensa de formalismo para a representação e acerca da comprovação da hipossuficiência da vítima já foi objeto de vários julgados, relevando lembrar que a finalidade da representação, nos crimes contra os costumes, não é acautelar os interesses do réu, mas os da ofendida. A propósito:

"O art. 225, § 1º, do Código Penal, dispõe que a ação penal será pública condicionada à representação se a vítima ou seus genitores não tiverem condições de custear as despesas processuais, sem a provação de recursos indispensáveis à manutenção da família. 5. Não há, no ordenamento jurídico pátrio, imposição de formalidade específica para a comprovação da miserabilidade da família da vítima, a qual pode se dar pela simples declaração verbal ou até pela notoriedade do fato, não sendo imprescindível a apresentação do atestado de pobreza" (HC 59749/SP, rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, DJU 17.12.2007, p. 234).

"A comprovação da miserabilidade da família da vítima pode se dar por diversos meios, inclusive por declaração verbal da própria vítima ou, ainda, pela notoriedade do fato, não sendo imprescindível a

apresentação de atestado de pobreza" (RHC 21596/ MG, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, DJU 29.10.2007, p. 278).

"A representação, nos crimes contra a liberdade sexual, não depende de requisitos formais específicos, tendo em vista que sua finalidade restringe-se à proteção da vítima em seu pudor, não podendo ser usada como instrumento que leve à impunidade do agressor" (HC 35.994/MS, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, DJU 7.3.2005, p. 294).

Nesse contexto, ao contrário do afirmado, todas as exigências legais foram atendidas legitimando o Ministério Público a atuar na ação penal, não se podendo falar em decadência "pela ocorrência da tácita renúncia ao direito de queixa".

A segunda nulidade apontada é relacionada à sentença, pois "ao possibilitar a concretização da pretensão ministerial, o fez sem a devida fundamentação". Não se verifica qualquer violação ao disposto no art. 93, IX, da Constituição da República, porquanto a decisão traz explicitamente os motivos pelos quais chegou à conclusão condenatória e à aplicação da pena, com exame exaustivo da matéria e da questão fática. A respeito:

"Sentença. Nulidade. Ausência de fundamentação. Veredito que atendeu ao preceito inscrito no art. 93, inciso IX, da Constituição Federal e no art. 381 do Código de Processo Penal. Prefacial rejeitada. A sentença que atende aos preceitos inscritos no inciso IX do art. 93 da Constituição Federal e no art. 381 do Código de Processo Penal não padece de qualquer nulidade" (Ap. Crim. n. 04.025003-7, de Lauro Müller).

Quanto à insurgência do apelante em face da decisão de fl. 103, na qual foi deferido o pedido feito pela acusação na fase do art. 499 do CPP – inquirição da vítima – também não há nulidade a ser declarada, pois não demonstrada a ocorrência de qualquer prejuízo à defesa do acusado. Cediço que ao magistrado é facultada a oitiva de testemunhas, ainda que não arroladas pelas partes no momento oportuno, quando se mostrarem

necessárias para o deslinde da causa, consoante prescreve o art. 209 do Código de Processo Penal, como corolário do princípio da apuração da verdade substancial.

Cabe ressaltar também que a alegação de desigualdade processual diante da aceitação do requerimento da acusação pelo magistrado é completamente descabida, tendo em vista que cabe a ele, condutor do processo, decidir sobre a realização das provas que entender necessárias ao deslinde do feito. Essa decisão, ao contrário do que foi sustentado, prescinde de qualquer motivação, de modo que não se verifica ofensa ao art. 93, IX, da CF.

A alegada inépcia da denúncia ao fundamento de que "descreve e não frisa as circunstâncias do fato delituoso" também não se verifica. Cediço que a peça acusatória deve conter a exposição do fato delituoso em toda a sua essência e com todas as suas circunstâncias. No caso, a exordial descreveu, de modo claro e objetivo, o fato tido como delituoso com todas as suas nuances, cumprindo a exigência derivada do postulado constitucional que assegura ao réu o pleno exercício do direito de defesa, de sorte que foram atendidos todos os pressupostos elencados no art. 41 do CPP. Por isso que:

"Não se tem como inepta a denúncia que, descrevendo precisamente o fato criminoso, com suas circunstâncias e qualificando o acusado, em consonância com o art. 41 do CPP, não obstrui o exercício da ampla defesa" (Habeas Corpus n. 2008.008046-6, de Videira, deste Relator, j. em 28/03/2008).

Por último, aponta a nulidade do laudo pericial e de toda prova produzida pela autoridade policial. Salienta que o exame pericial foi elaborado sem observância do contraditório, já que não houve "possibilidade de apresentação de quesitos".

Por se constituir o inquérito policial em um procedimento administrativo destinado a fornecer elementos necessários à propositura de uma

ação penal, a regra geral é de que não se aplica nessa fase o princípio do contraditório, sendo dispensada a participação da defesa na sua elaboração. Isso por que a plena defesa e o contraditório, como é cediço, são reservados para a fase processual, já que o procedimento administrativo inquisitorial constitui mera peça informativa. Extrai-se da jurisprudência:

"Ao inquérito policial não se aplica o princípio do contraditório, porquanto é fase investigatória, preparatória da acusação, destinada a subsidiar a atuação do órgão ministerial na persecução penal" (HC 65303/PR, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 5ª Turma, DJe 23/06/2008).

No mais, afirma que todas as provas produzidas na fase inquisitorial são "inconstitucionais e ilegais", pois não observado o disposto no art. 6º, V, do CPP, notadamente no que se refere às testemunhas de leitura, não podendo gerar qualquer efeito. Todavia, por demais sabido que os vícios acaso existentes no inquérito policial não repercutem na ação penal, que tem instrução probatória própria.

Salienta-se, por fim, que nos termos do art. 563 do CPP, "nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa". Na hipótese, não se verificou nenhuma preterição em relação às providências legais pertinentes, não havendo se falar em prejuízo para qualquer das partes. Em face disso, afastam-se as preliminares, por inocorrentes.

No que se refere ao mérito, a pretensão é a absolvição, sob o argumento de que não há provas no sentido de que o apelante tenha visado "satisfazer sua própria luxúria", porque não constatada a ocorrência de relação sexual, e inexistente prova sobre a grave ameaça exercida com arma branca, sendo todos esses dados requisitos essenciais para a configuração do crime de estupro.

Segundo se retira da prova produzida, no dia 12 de junho de 2008, por volta das 11 horas, o acusado convidou a vítima, que passava defronte

a sua casa, para ajudá-lo a remover um sofá. Tão-logo a vítima adentrou na moradia, Avelino empurrou o dito sofá contra a porta e ato contínuo agarrou-a pelas costas. Proferindo palavras de baixo calão o réu introduziu as mãos em suas vestes (calça) apalpando-lhe as partes íntimas, dizendo "vou comer essa bucinha"; diante da negativa e da resistência da ofendida, o réu passou a dizer "então deixa apenas pegar".

A narrativa da ofendida, senhora que à época do crime contava já com 67 anos de idade, é coerente nas duas fases do procedimento. Ao registrar a ocorrência, ela relatou: "que o autor lhe agarrou por trás e enfiou as mãos por dentro de suas roupas íntimas, dizendo 'me dá sua vaca, vagabunda, puta'" – fl. 08.

Inquirida pela autoridade policial, informou "que o indivíduo então empurrou o sofá trancando a passagem da declarante, e agarrou a mesma pelas costas, colocando suas mãos nas partes íntimas da declarante" – fl. 05.

Em juízo, confirmou o que dissera anteriormente

"que foi agarrada por trás, seguida de palavrões; o réu dizia 'vou comer essa bucinha', vou comer essa bucinha', repetindo várias vezes; em seguida colocou a mão por dentro da roupa da declarante; [...] que o réu não conseguiu tirar as roupas da declarante, apenas colocou as mãos por dentro de sua calça; ele levou a mão até onde ele queria levar; esclarece que o réu colocou a mão em seu órgão genital" – fls. 128/129.

Logo após conseguir se desvencilhar do acusado, a vítima procurou ajuda em um bar próximo dali, sendo então acionada a Polícia Militar. O casal que a acudiu, Osmar Alberto Westarb e Eva Sanerli Peters, informaram que a ofendida chegou ao local

"correndo, com a roupa um pouco desajeitada, sem nem conseguir falar direito, relatando que o acusado a chamou para dentro do barraco para ajudar a arredar um sofá e no que entrou no barraco foi

agarrada; que ficou claro segundo o relato da vítima que o acusado queria manter relações sexuais" – fl. 100.

Os policiais militares que atenderam a ocorrência, de igual forma, ratificaram o que foi dito pela vítima:

"que ela relatou que o acusado colocou as mãos por dentro da roupa dela, em suas partes íntimas, chamando-a de puta e vagabunda, dizendo que ela 'lhe desse'" – fl. 98.

"disse a vítima ainda que tão logo entrou no barraco, o acusado impediu a saída dela arrastando o sofá, e depois começou a agarrá-la, colocando as mãos por dentro das roupas da vítima, em suas partes íntimas, proferiu também o acusado palavras de baixo calão; pelo que a vítima disse, ficou bem claro que o acusado desejava manter relações sexuais" – fl. 99.

Submetida a exame pericial, constatou-se na vítima "escoriações na região infra-umbilical do abdômem e equimose no nariz" – fl. 31.

Por outro lado, o réu, ao ser interrogado (fls. 06 e 48/49) negou a autoria do crime que lhe foi imputado, admitindo, no entanto, que manteve contato com a vítima naquele dia, tendo ela ido espontaneamente até sua casa "para lhe ajudar a mudar um sofá e para fazer a limpeza da casa". Disse ainda que a ofendida após auxiliá-lo no deslocamento do sofá, simplesmente "saiu e deu a volta na casa, seguindo em direção a casa de Osmar, onde denunciou o interrogando", mas que não "não investiu contra Maria; não fez nenhum convite de qualquer natureza; também não seguiu Maria Tereza".

Essas são as provas reunidas nos autos que, nada obstante a força dos argumentos defensivos, mostra-se suficiente a permitir a manutenção da conclusão condenatória, haja vista que a negativa apresentada pelo acusado está isolada do contexto probatório e carece de mínima comprovação.

Portanto, a partir dos relatos da vítima, que se apresentaram firmes e coerentes em todas as oportunidades, ao descrever a conduta do acusado,

não se tem dúvidas de que a sua intenção era satisfazer a sua lascívia por meio de conjunção carnal, o que só não se concretizou diante da efetiva resistência da ofendida que logrou se desvencilhar dele, não sem antes sofrer os ferimentos descritos no laudo pericial acima mencionado.

Nesse ponto, registra-se que o crime em questão – tentativa de estupro – pela forma em que cometido, não deixou vestígios. Aliás, nem sempre os delitos sexuais deixam vestígios, sobretudo aqueles que permanecem apenas na esfera tentada, tal qual ocorreu na hipótese.

Além disso, ao contrário do afirmado nas razões, e conforme orientação doutrinária e jurisprudencial, para se caracterizar o crime de estupro na forma tentada é desnecessário que haja efetivo contato sexual entre autor e vítima, defluindo a configuração do delito do constrangimento para a prática de conjunção carnal mediante violência ou grave ameaça. Nesse sentido:

"A tentativa de estupro é reconhecível ainda quando não tenha havido contato dos órgãos genitais da vítima, desde que as circunstâncias deixem manifesto o intuito de conjunção carnal pelo agente" (RT 467/339).

"O que orienta a capitulação do crime é a meta buscada pelo agente. Assim, se este pretendia o congresso da conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça, não o conseguindo por fatores alheios a sua vontade, resta caracterizada a tentativa de estupro" (RDJ 14/221).

E, diante desse contexto, não há óbice algum em se manter a condenação do apelante, porquanto concretizados atos de execução do crime sexual descrito na denúncia, que só não se concretizou por circunstância diversa da vontade do acusado.

Assim, incabível a desclassificação pretendida para a figura da importunação ofensiva ao pudor, mera contravenção prevista no art. 61 do Decreto-lei n. 3.688/1941. A título de ilustração, releva anotar que a

conduta praticada pelo apelante não se restringiu a simples importunação, até porque de maneira nenhuma se pode crer que o réu tivesse a intenção apenas de importunar a vítima, e o fato não ocorreu em local público (o crime aconteceu no interior da casa). O que se verifica é a extrapolação dos limites da contravenção pois o acusado, valendo-se de sua superioridade física, perpetrou abuso sexual contra a ofendida. Os toques nas partes pudendas da vítima, o uso de força física e de expressões de baixo calão, revelam um comportamento de natureza sexual, e não permitem enquadrar a conduta do acusado como simples contravenção.

Igualmente não se pode acolher o pleito relativo à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos ou multa, ou mesmo o benefício do *sursis*. Isso porque o crime foi praticado mediante violência contra a pessoa, situação que obsta a concessão do benefício, conforme preconiza o art. 44, I, do CP. Com relação ao *sursis*, não está preenchido o requisito objetivo, ou seja, a pena aplicada é superior a 2 (dois) anos, consoante previsão do art. 77 do CP.

O representante do Ministério Público, por sua vez, recorreu objetivando a reforma da sentença tão-somente para se reconhecer a agravante descrita no art. 61, II, "h", do CP – ter o agente cometido crime contra "maior de 60 (sessenta) anos".

Essa circunstância agravante não foi reconhecida, por entender o magistrado sentenciante que ela seria cabível apenas na hipótese de a vítima contar com mais de 70 (setenta) anos, ou se comprovada a sua senilidade.

O Estatuto de Idoso (Lei n 10.741/03) alterou a redação da alínea "h" do inciso II do art. 61 do Código Penal, estabelecendo como circunstância que agrava o pena o fato de agente ter cometido o crime contra pessoa "maior de 60 anos". Ao substituir a expressão "velho" por "maior de 60 anos" o legislador afastou o critério biológico e estabeleceu critério

puramente cronológico, dispensando qualquer discussão a respeito da capacidade defensiva da vítima. A respeito, leia-se:

"AGRAVANTE. ART. 61, II, "H", CP. VELHO. IDOSO. DISTINÇÃO Deve ser observada a genealogia da norma (Art. 61, II, 'h'), em dois momentos: 1. A redação trazida pela lei 9318/96, que afirmava a agravante quando praticado contra 'velho', que autorizava a verificação da capacidade defensiva da vítima; 2. A redação trazida pelo Estatuto do Idoso (Lei n. 10.741/03), que alterou redação definindo o reconhecimento da agravante quando o fato fosse praticado contra pessoa 'maior de 60 (sessenta) anos', afastando a discussão sobre a expressão 'velho'. O critério é objetivo e dispensa a investigação sobre a capacidade defensiva da vítima. Embargos desacolhidos" (TJRS - Embargos Infringentes n. 70013384169).

No caso, não há nenhuma dúvida a respeito da idade da vítima, que ao tempo do crime contava com 67 (sessenta e sete) anos de idade, consoante comprova a fotocópia do seu documento de identidade constante à fl. 12. Assim, impõe-se o reconhecimento da agravante genérica relativa a ter cometido crime contra idoso, dispensado questionamentos a respeito da capacidade defensiva da vítima.

Por esses motivos, na segunda fase da dosimetria acresce-se a pena em 6 (seis) meses, resultando em 7 (sete) anos e 6 (seis) meses de reclusão, a qual é reduzida de 2/3 (dois terços) em razão da tentativa, o que totaliza 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão.

Em face do exposto, fica o acusado Avelino Ferreira condenado à pena de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, como incurso nas sanções do art. 213, c/c o art. 14, II, e 61, II, "h", todos do CP.

Com relação à manutenção da prisão do apelante, nenhum reparo merece a decisão, na medida em que ele permaneceu preso durante toda a instrução do processo, fazendo-se presentes os requisitos ensejadores da segregação cautelar.

DECISÃO

Ante o exposto, afastam-se as preliminares, nega-se provimento ao recurso defensivo e dá-se provimento ao recurso interposto pelo Ministério Público.

Participaram do julgamento, realizado no dia 22 de abril de 2009, os Exmos. Srs. Des. Alexandre d'Ivanenko e Moacyr de Moraes Lima Filho. Lavrou parecer, pela Procuradoria Geral de Justiça, o Exmo. Dr. Anselmo Agostinho da Silva.

Florianópolis, 5 de junho de 2009.

Torres Marques
PRESIDENTE E RELATOR

RECURSO CRIMINAL

Recurso Criminal n. 2009.038626-8, de Joinville

Relator: Des. Moacyr de Moraes Lima Filho

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – INTERPOSIÇÃO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO CONTRA DECISÃO QUE REJEITOU A DENÚNCIA – CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA – SONEGAÇÃO FISCAL – AGENTE QUE, NA QUALIDADE DE GERENTE ADMINISTRADORA (CONTRIBUINTE DE DIREITO), EM TESE, DEIXA DE RECOLHER AOS COFRES PÚBLICOS, NO PRAZO LEGAL, TRIBUTOS (ICMS) COBRADOS E EFETIVAMENTE PAGOS PELOS CONTRIBUINTE DE FATOS.

"O contribuinte efetivamente repassou ao adquirente da mercadoria tributada o ônus representado pelo ICMS. Cobrou-se, portanto, a terceiro, devendo recolher aos cofres públicos o montante assim apurado. Se não o faz, comete crime examinado" (Pedro Roberto Decomain).

ART. 2º, II, DA LEI N. 8.137/90 – CONSTITUCIONALIDADE DO TIPO PENAL – PRISÃO POR DÍVIDA NÃO CARACTERIZADA – SANÇÃO RESULTANTE DA PRÁTICA DE COMPORTAMENTO LEGALMENTE DEFINIDO COMO CRIME.

1 Não há barreira de inconstitucionalidade que afronte as normas incriminadoras dispostas na Lei n. 8.137/90.

2 "É certo que o ordenamento constitucional brasileiro, em preceito destinado especificamente ao legislador comum, proíbe a instituição de prisão civil por dívida, ressalvadas as hipóteses de infidelidade depositária e de inadimplemento de obrigação alimentar (CF, art. 5º, LXVIII) [...] no entanto, a prisão de que

trata o art. 2º, II, da Lei n. 8.137/90, longe de reduzir-se ao perfil jurídico e à noção conceitual de prisão meramente civil, qualifica-se como sanção de caráter penal resultante, quanto à sua imponibilidade, da prática de comportamento juridicamente definido como ato delituoso" (STF, Min. Celso de Mello).

NATUREZA DISTRIBUTIVA DO BEM JURÍDICO TUTELADO – MEDIDA QUE NÃO SE LIMITA À SALVAGUARDA DO ERÁRIO, MAS VISA A GARANTIR AO ESTADO O CUMPRIMENTO DAS PRESTAÇÕES PÚBLICAS QUE SÃO DEVIDAS PARA A SUA SUSTENTABILIDADE.

1 "A proibição de proteção deficiente adquire importância na aplicação dos direitos fundamentais de proteção, ou seja, na perspectiva do dever de proteção, que se consubstancia naqueles casos em que o Estado não pode abrir mão da proteção do direito penal para garantir a proteção de um direito fundamental" (STF, Min. Gilmar Mendes).

2 "[...] o Estado somente alcança o seu objetivo de realização do bem público quando obtém receita suficiente para manter em funcionamento a máquina estatal de prestação de serviços essenciais, tais como a medicina curativa e preventiva, a educação básica, os transportes urbanos, o fornecimento de água tratada e potável, o funcionamento da coleta de dejetos domésticos, o fornecimento de energia elétrica para atendimento às residências, indústrias e logradouros públicos etc. A sonegação de impostos, se levada a extremos, inviabiliza o funcionamento normal do Estado, prejudicando a população como um todo, ou, quando menos, configurando caso de desigualdade de tratamento; enquanto uns, cumpridores dos deveres, pagam regamente o fisco, outros, descumpridores dos mesmos deveres, obtêm vantagem indevida

com o não-pagamento dos mesmos tributos, impostos de forma ampla e geral a todos os sujeitos passivos" (Antônio Corrêa).

3 "[...] em face da ligação entre o bem jurídico tutelado pelos crimes contra ordem tributária e os objetivos do Estado e da sociedade brasileiros positivados na Constituição Federal, a repressão penal à sonegação fiscal é uma exigência constitucional" (Sérgio Antônio Rizelo).

RECURSO PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso Criminal n. 2009.038626-8, da comarca de Joinville (2ª Vara Criminal), em que é recorrente A Justiça, por seu Promotor, e recorrida Luciana Pereira Perini:

ACORDAM, em Terceira Câmara Criminal, por votação unânime, dar provimento ao recurso. Custas legais.

RELATÓRIO

Cuida-se de recurso em sentido estrito interposto pelo órgão Ministerial, contra decisão que rejeitou a denúncia deflagrada contra Luciana Pereira Perini, por entender inconstitucional o art. 2º, II, da Lei n. 8.137/90, no tocante ao tributo estadual ICMS.

Requer seja determinado o recebimento da denúncia, ao argumento de que o dispositivo mencionado é constitucional e a sonegação fiscal não pode ser comparada à mera dívida civil, pois a ação penal por crime contra a ordem tributária não é sucedâneo de execução fiscal (fls. 65/75).

Contra-razões ofertadas (fls. 88/106), os autos ascenderam a esta Corte, perante a qual a douta Procuradoria-Geral de Justiça manifesta-se, por intermédio do Dr. Sérgio Antônio Rizelo, pelo conhecimento e não provimento do recurso (fls. 119/132).

VOTO

1 Inicialmente, esclarece-se que, muito embora o meio processual adequado para pleitear a reforma da decisão que rejeita a denúncia seja a apelação, mostra-se cabível a aplicação do princípio da fungibilidade recursal (art. 579 do CPP), para possibilitar o conhecimento do recurso interposto.

Em primeiro lugar, porque não se verifica má-fé do recorrente ao interpor o presente reclamo; e, segundo, porque não está configurado o erro grosseiro, uma vez que parte da doutrina entende cabível o recurso em sentido estrito contra decisão que rejeita a denúncia. Nesse sentido: Fernando Capez – *Curso de processo penal*, 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 450 e Guilherme de Souza Nucci – *Código de processo penal comentado*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008 p. 939.

Desta Corte: Recurso Criminal n. 2008.050015-7, de Cunha Porá, rela. Desa. Salete Silva Sommariva, j. em 9/10/2008 e Recurso Criminal n. 2007.013903-4, de Xanxerê, rel. Des. Jorge Mussi, j em 28/8/2007.

Assim, conhece-se do recurso interposto.

2 No mérito, o pleito ministerial merece provimento.

Segundo narra a exordial acusatória:

"[...] A denunciada, na condição de titular da firma individual LUCIANA PEREIRA PERINI, [...] deixou de efetuar o recolhimento do Impostos sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS, conforme valores apurados e declarados na GIA (Guia de Informação e Apuração do ICMS), pela própria denunciada, referente aos meses de **Agosto, Setembro e Outubro de 2003**, no montante de **R\$ 56.684,30** (cinquenta e seis mil, seiscentos e oitenta e quatro reais e trinta centavos), conforme espelhos da GIA (fls. 08-10), parte integrante da notificação fiscal n. **2.160.957-85** de 1º de Dezembro de 2003, locupletando-se ilicitamente mediante este tipo

de apropriação de valores efetivamente cobrados dos consumidores finais, em prejuízo do Estado de Santa Catarina.

"Trata-se de Notificação Fiscal encaminhada ao Juizado Especial Criminal em 1º/12/2004, com sentença decretando a suspensão do prazo prescricional e da pretensão punitiva do estado (fls. 46/47), em razão de parcelamento do débito tributário efetivado em 14/08/2007. Com o parcelamento do acordo de parcelamento ocorrido em 13/12/2007, por falta de pagamento, e não restando outro proibitivo, o Ministério Público oferece a presente denúncia [...]" (fls I e II, grifos no original).

A conduta em que está enquadrada a recorrida encontra-se tipificada no art. 2º, II, da Lei n. 8.137/90, que preceitua: "*Constitui crime da mesma natureza: [...] II - Deixar de recolher, no prazo legal, valor de tributo ou de contribuição social, descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo de obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos*".

Sustentou o Magistrado, como fundamento de rejeição da denúncia, que tal dispositivo afronta a norma constitucional que veda a prisão por dívidas – CF, art. 5º, LXVII –, pois o ato narrado na denúncia trata-se de mero inadimplemento fiscal (dívida civil).

A assertiva não prospera, pois "*aqui, não se está a punir, no inciso da lei de que se cuida, pura e simplesmente a inadimplência tributária, mas sim a prática de não se recolhido ao verdadeiro destinatário o valor que o contribuinte cobrou, precisamente para esse fim, de um terceiro*" (DECOMAIN, Pedro Roberto. *Crimes contra a ordem tributária*, Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 457).

Sobre a constitucionalidade da norma, Luiz Coelho da Rocha, citado por Edmar Oliveira Andrade Filho, esclarece:

"Supõe-se, assim, no seguimento da descrição tipológica, que o industrial, ao vender e crescer, como de lei, o IPI, na fatura, assim como **o comerciante, em sua venda, embutindo e discriminando o ICMS, e que não vierem a pagar, no prazo esses tributos, estarão cometendo ilícito penal.**

"Trata-se, enfim, e em resumo, de pena privativa de liberdade, por inadimplência de débito próprio. E, rigorosamente falando, o caso de punição por dívida.

"Não socorre ao contribuinte a garantia do inc. LVII do art. 5º da CF, pois ali se proíbe a prisão civil por dívida, e aqui estamos no campo do apenamento criminal".

"[...]

"A verdade é que a norma legal incriminadora existe e não nos parece haver barreira de inconstitucionalidade que a afronte". (ROCHA, João Luiz Coelho. *A Lei n. 8.137 e a prisão pro débito tributário*. Revista de Direito Mercantil, n. 87, p. 68, in, ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. *Crimes contra a ordem tributária e contra a previdência social*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 138, grifou-se).

A despeito, a Suprema Corte se manifestou, há tempo, pela constitucionalidade da norma:

"É certo que o ordenamento constitucional brasileiro, em preceito destinado especificamente ao legislador comum, proíbe a instituição de prisão civil por dívida, ressalvadas as hipóteses de infidelidade depositária e de inadimplemento de obrigação alimentar (CF, art. 5º, LXVIII).

"Observo, no entanto, que a prisão de que trata o art. 2º, II, da Lei n. 8.137/90, longe de reduzir-se ao perfil jurídico e à noção conceitual de prisão meramente civil, qualifica-se como sanção de caráter penal resultante, quanto à sua impositividade, da prática de comportamento juridicamente definido como ato delituoso.

"A norma legal em questão encerra, na realidade, uma típica hipótese de prisão penal, cujos elementos essenciais permitem distingui-la, especialmente em função de sua finalidade e de sua natureza mesma, do instituto da prisão civil, circunstância esta que, ao menos em caráter delibatório, parece tornar impertinente a alegação de que o Estado, ao editar o art. 2º, II, da Lei n. 8.137/90 (que define pena criminal, em decorrência da prática de delito contra a ordem tributária), teria transgredido, segundo sustentam os impetrantes, a cláusula vedatória inscrita no art. 5º, LXVII, da Carta Política, que

proíbe – ressalvadas as hipóteses previstas no preceito constitucional em referência – a prisão civil por dívida.

"[...]

"Assim sendo, tendo presente a relevante circunstância de que a norma legal, cuja constitucionalidade está sendo questionada *incidentaliter tantum*, definiu hipótese de sanção penal (penal criminal), por delito contra a ordem tributária, e considerando que o art. 2º, II, da lei n. 9.137/90, por isso mesmo, nenhuma prescrição veicula sobre o instituto da prisão civil por dívida, indefiro o pedido de medida liminar" (Liminar em Habeas Corpus n. 77.631/SC, Min. José Celso de Mello Filho, j. em 3/8/1998, grifou-se).

No mesmo norte, o Tribunal Regional Federal da Quarta Região: "*a eleição da sonegação fiscal como ilícito penal, pelo legislador, não afronta o Pacto de São José da Costa Rica, pois este proíbe prisão por dívida civil, do que não se cogita na conduta omissiva em questão*" (Habeas Corpus n. 9704436840, rel. Juiz Gilson Dipp, DJU 22/10/1997, p. 88271).

Este Tribunal de Justiça, igualmente, atento ao texto da lei e à sistemática da cobrança do ICMS, já sedimentou a possibilidade de subsunção do não-recolhimento do ICMS à norma prevista no artigo 2º, II, da Lei n. 8.137/90, veja-se: Apelação Criminal n. 00.021297-0. Rel. Des. Nilton João de Macedo Machado. j. em 19/12/2000; Recurso Criminal n. 2002.009766-2, de Chapecó, Rel. Des. José Gaspar Rubick. j. em 25/6/2002; Apelação Criminal n. 2008.033794-9, da Capital, rel. Des. Torres Marques, j. em 26/8/2008; *Habeas Corpus* n. 2008.059344-4, de Indaial, rel. Des. Solon d'Eça Neves, j. em 11/12/2008; Apelação Criminal n. 2008.057426-2, da Capital, rel. Des. Torres Marques, j. em 15/4/2009. Especificamente: Habeas Corpus n. 2009.018890-9, deste Relator, j. em 26/5/2009 e Apelação Criminal n. 2009.020479-1, de Joaçaba, deste Relator, j. em 16/6/2009.

3 Ainda, argumentou o Magistrado que os benefícios concedidos pela lei aos contribuintes "inadimplentes" – como a extinção da punibili-

dade pelo pagamento integral, ou a suspensão da pretensão punitiva nos casos de parcelamento do débito fiscal – revelam que a finalidade da lei penal tributária serve tão somente como meio coativo ao pagamento dos tributos (fl. 59).

Ocorre que tal premissa, além de ferir o princípio da livre concorrência, fomenta o crescimento da sonegação fiscal, pois não há nenhuma demonstração concreta de que tais benefícios tenham como consequência a redução da sonegação e, via reflexa, aumento da arrecadação.

A respeito do primeiro aspecto, Marcílio Marques Moreira enfatiza que "*o lucro da empresa não pode, portanto, ser gerado por sonegação ou falcatruas, nem à custa dos concorrentes. A concorrência desleal, além do dano ao erário público, desfigura o mais eficaz instrumento de mercado – a competição empresarial*" (Existe uma ética no mercado? *Revista do Instituto Brasileiro de ética Concorrencial* n. 10, ano 5, agosto de 2008).

A segunda conclusão, conforme ensina Silva Sanches, é que os destinatários das leis realizarão um cálculo de eficiência, e vendo não haver qualquer possibilidade de punição, no máximo a devolução do objeto do crime – a qualquer tempo –, serão estimulados a praticar atos similares, porque ausente qualquer circunstância que garanta a prevenção sistêmica (SILVA SANCHES, Jesús Maria. *Eficiência e o Direito Penal*. Coleção de Estudos de Direito Penal, v. 11. São Paulo: Manole, 2004. p. 26).

A propósito, cita-se a lição de Lênio Streck:

"Não há qualquer justificativa de cunho empírico que aponte para a desnecessidade da utilização do direito penal para a proteção dos bens jurídicos que estão abarcados pelo recolhimento de tributos, mormente quando examinamos o grau de sonegação no Brasil".

E arremata aduzindo que:

"para abrir mão – mesmo que de forma indireta – da proteção penal do bem jurídico ínsito à idéia de Estado Social, o legislador

deveria demonstrar, antes, que os meios alternativos à sanção, como o pagamento do tributo antes do recebimento da denúncia tenha, nos últimos anos – mormente a partir da Lei n. 9.249/95 – proporcionado resultados que apontem, de forma efetiva, para a diminuição da sonegação de tributos" (*Da proibição de excesso (übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (untermassverbot) de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais*. Porto Alegre: Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, n. 2, 2004. p. 243/284).

Ademais, registre-se que os dispositivos que conferem benefícios aos contribuintes inadimplentes – arts. 67, 68 e 69, todos da Lei n. 11.491, de 28/5/2009 – estão sendo questionados na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4273-4/600, por suposta violação à proporcionalidade, sob a perspectiva de proteção deficiente.

4 Outro ponto de vista a ser ressaltado é o que diz respeito à natureza do bem jurídico tutelado pela norma penal tributária, que não se limita apenas à arrecadação de tributos, mas, ao contrário, sua natureza é de justiça distributiva, a fim de possibilitar que o Estado assegure o cumprimento das prestações públicas que são devidas para sua sustentabilidade.

Para tanto, transcreve-se o bem lançado parecer do ilustre Procurador de Justiça Sérgio Antônio Rizelo, adotando-o como razão de decidir, *verbis*:

"A sentença combatida também refere que a legislação recente, em relação aos crimes tributários, tem permitido a incondicional extinção da punibilidade mediante o pagamento dos tributos que, em razão de terem sido sonegados, deflagraram a ação penal.

"[...]

"Ocorre que os benefícios concedidos por lei aos contribuintes que quitam seus tributos com o Fisco são medidas de política criminal, que objetivam dar ao criminoso tributário uma 'ponte de ouro' para que se

abstenha de reter indevidamente os tributos devidos e os devolva de maneira voluntária e célere ao Estado e à Sociedade.

"Em vários outros delitos, por razões de política criminal, o legislador pátrio estabelece hipóteses em que a pretensão punitiva estatal é extinta ou obstada em prol do bem jurídico tutelado. Como exemplo, podem ser citados os crimes de menor potencial ofensivo, nas hipóteses em que a composição civil dos danos obsta a persecução penal (parágrafo único do artigo 74 da Lei n. 9.099/95).

"Dessa feita, o fato da legislação prever hipóteses de suspensão e extinção da pretensão punitiva nos casos de parcelamento ou pagamento não implica em afirmar que a lei penal tributária visa a transformar o processo penal em mero instrumento arrecadatório, pois trata-se de política criminal visando à preservação do bem jurídico tutelado, a respeito do qual se falará a seguir.

"Por fim, importa comentar a importância do bem jurídico tutelado pelo art. 2º, 'caput' e incisos, da Lei n. 8.137/90, especificamente no que tange à necessidade de intervenção do sistema repressivo penal sob um enfoque constitucional.

"O modelo de Estado adotado pela República Federativa do Brasil, o Democrático de Direito, fundado na tríade democracia, cidadania e dignidade da pessoa humana, deve estar estruturado para a concretização dos direitos e das garantias individuais e sociais fundamentais, objetivando: construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais e; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º da CRFB/88).

"Nessa miríade de incumbências constitucionalmente atribuídas ao Estado Brasileiro, é evidente a necessidade de uma máquina estatal forte

e aparelhada técnica, humana e financeiramente. Dessa forma, possui grande importância a arrecadação tributária, principal fonte de recursos do Estado.

"A necessidade do tributo na realização dos fins do Estado Democrático de Direito, definidos pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, não se coaduna com a condolência às práticas evasivas e sonegatórias, exigindo do Estado uma intervenção enérgica a fim de garantir a arrecadação e, conseqüentemente, possibilitar a busca por efetivação dos objetivos da República Federativa do Brasil.

"A garantia da ordem tributária é questão de justiça social e equidade, conforme ressalta Antônio Corrêa:

"o Estado somente alcança o seu objetivo de realização do bem público quando obtém receita suficiente para manter em funcionamento a máquina estatal de prestação de serviços essenciais, tais como a medicina curativa e preventiva, a educação básica, os transportes urbanos, o fornecimento de água tratada e potável, o funcionamento da coleta de dejetos domésticos, o fornecimento de energia elétrica para atendimento às residências, indústrias e logradouros públicos etc. A sonegação de impostos, se levada a extremos, inviabiliza o funcionamento normal do Estado, prejudicando a população como um todo, ou, quando menos, configurando caso de desigualdade de tratamento; enquanto uns, cumpridores dos deveres, pagam regularmente o fisco, outros, descumpridores dos mesmos deveres, obtêm vantagem indevida com o não-pagamento dos mesmos tributos, impostos de forma ampla e geral a todos os sujeitos passivos. (Dos crimes contra a ordem tributária: comentários à lei n. 8.137, de 27-12-1990.2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 141).

"Nesse sentido, tem-se por incorreta a imediatista visão sustentada por Andreucci, de que o bem jurídico tutelado pelos crimes contra a ordem tributária é o 'erário' (ANDREUCCI, Ricardo Antônio. Legislação penal especial. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 334). Diante da atual sistemática constitucional, com acerto leciona Emerson de Lima Pinto ao ampliar o foco de análise do bem jurídico tutelado pela norma penal tri-

butária, conformando-o com as finalidades do atual Estado Democrático de Direito:

"[...] ressaltamos o fato de que o bem jurídico exclusivo do crime fiscal não outorga a dimensão real da unidade funcional a que este tipo de delito visa tutelar, pois sua repressão não visa apenas a satisfazer a voracidade arrecadadora da Fazenda Pública, mas, sobretudo, a assegurar os princípios constitucionais explícitos, em nosso caso, pela Constituição (PINTO, Emerson de Lima. A criminalidade econômico-tributária. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p, 74).

"Nesse sentido, mesmo em uma concepção de direito penal mínimo, no qual os bens jurídicos tutelados pela norma penal devem ser, preferencialmente, aqueles constitucionalmente consagrados, de grande danosidade social, a repressão penal aos crimes contra a ordem tributária é uma necessidade, pois se coaduna com a realização do Estado Democrático Direito:

"A realidade demonstra que devemos agir no sentido de utilizar a repressão penal para a 'criminalidade absoluta'. Isso significa que em realidade devemos usar da tutela penal com uma finalidade garantista, (re)legitimando o sistema penal de acordo com o que acreditamos ser a sua finalidade moderna. Desobstruir as vias que levam a construção do Estado Social no Brasil! - Compete aos poderes instituídos a realizar o art. 5º, caput, da Constituição Federal de 1988; "todos são iguais perante a lei", eliminando a distinção presente na (re)pressão penal a partir da posição social, política ou econômica em que o "desviante" ocupa na sociedade. Findemos com tratamentos diferenciados eivados de ofensivos privilégios para aqueles que realizam delitos identificados com a macro criminalidade econômica que afrontam nosso Sistema Penal. (PINTO, Emerson de Lima. A criminalidade econômico-tributária. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 50-51).

"Com a constitucionalização dos direitos humanos, transmudados em direitos fundamentais, o estado assume compromissos positivos de efetivação de direitos conquistados historicamente, passando de mero estado

fiscalizador para a condição de estado provedor, vinculado a esses direitos e garantias individuais e sociais fundamentalmente constitucionalmente consagrados. Cabe ao estado brasileiro, portanto, a proteção da dignidade da pessoa humana e dos demais princípios assentes na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, conquistados nessa fase do pós-positivismo. Tal dever não implica, somente, protegê-los contra os excessos praticados pelo Estado, mas, também contra as omissões (proteção deficiente), 'o que significa dizer que há casos em que o Estado não pode abrir mão da proteção através do direito penal para a proteção do direito fundamental' (STRECK, Lênio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade. In: Revista da Ajuris, v. 32, n. 97. Alegre: AJURIS, 2005. p. 182-183).

"Desse modo, com base em uma leitura constitucional do direito penal no seio do Estado Democrático de Direito, exige-se uma maior proteção aos bens jurídicos fundamentais à realização dos fins deste, conforme preconiza Lênio Streck:

"Não há dúvida, pois, que as baterias do Direito Penal do Estado Democrático de Direito devem ser direcionadas preferentemente para o combate dos crimes que impedem a realização dos objetivos constitucionais do Estado e aqueles que protegem os direitos fundamentais e os delitos que protegem bens jurídicos inerentes ao exercício da autoridade do Estado (desobediência, desacato), além das condutas que ferem a dignidade da pessoa, como os crimes de abuso de autoridade, sem falar nos bens jurídicos de índole transindividual como os delitos praticados contra o meio ambiente, as relações de consumo, crimes tributários, etc. (STRECK, Lênio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade. In: Revista da Ajuris, v. 32, n. 97. Porto Alegre: AJURIS, 2005. p. 184).

"Observa-se, nesse ponto, que a proteção de bens jurídicos ligados aos objetivos do Estado brasileiro não constitui somente uma exigência de legitimidade do direito penal, como uma obrigação constitucional implícita de criminalização. A Constituição de 1988 adota uma postura dirigente e compromissária, vinculando o Estado brasileiro a uma série de garantias

e direitos que tem por dever concretizar, surgindo, daí, uma proibição de proteção deficiente, um dever de proteção de determinados bens fundamentais por meio do direito penal. Nessa senda, em face da ligação entre o bem jurídico tutelado pelos crimes contra ordem tributária e os objetivos do Estado e da sociedade brasileiros positivados na Constituição Federal, a repressão penal à sonegação fiscal é uma exigência constitucional.

"Luciano Feldens entende, com escora na doutrina internacional, que há, nas constituições democráticas, um dever fundamental de pagar impostos:

"No que respeita mais diretamente, temos que a Constituição de 1988, instituidora do estado Democrático de Direito, é expressa no trato do tema, reservando, dentre o Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais), um Capítulo próprio (I) ao qual denominou 'Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos'. Segue-se a esse capítulo um outro (II), revelador 'Dos Direitos Sociais', cuja implementação material ancora-se em ações interventivas do Estado fulcradas em deveres fundamentais implícitos acometidos aos cidadãos, tal o dever de pagar impostos (v.g., art. 6º).

[...]

"Expressando a Constituição, portanto, de maneira explícita ou implícita, um rol de deveres fundamentais - mínimos que sejam - cuja nota de essencialidade decorre da própria necessidade de manutenção dos valores cunhados por esta mesma ordem constitucional, afigura-se-nos de todo recomendável que reconheçamos nessa categoria jurídica dos deveres fundamentais um relevante e legítimo paradigma para o exercício (positivo e negativo) da atividade legislativa incriminadora, notadamente quando os bens jurídicos protegidos (v.g., a ordem econômica e tributária) em face da imposição desses deveres (v.g., dever fundamental de pagar impostos) postam-se de forma a identificar-se aos próprios fins perseguidos pelo Estado Democrático de Direito, presente a noção que se vem de sustentar de um Direito Penal funcionando como um instrumento de proteção de valores essenciais. (FELDENS, Luciano. Tutela Penal de Interesses Difusos e Crimes do Colarinho Branco. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 85-87).

"O dever constitucional de pagar impostos decorre de uma necessidade lógica do estado e da sociedade, obrigados constitucionalmente à realização dos objetivos do Estado Democrático de Direito, necessitando, para tanto, que o Estado brasileiro tenha respaldo econômico- financeiro, o que ocorre com a arrecadação fiscal. Assim, a sonegação de impostos afeta, direta e indiretamente, os objetivos constitucionais do Estado brasileiro, à medida que desestrutura economicamente o aparelho governamental voltado à concretização daqueles direitos e garantias, não podendo ser tida como irrelevante ou de reduzido potencial ofensivo a ponto de se invocar a aplicação do direito penal mínimo.

"A criminalização da sonegação fiscal afigura-se, portanto, como uma exigência constitucional, visando ao aparelhamento do Estado para o desempenho das funções e a concretização dos objetivos que lhe competem.

"Nesse diapasão, vale destacar que é consabido que a maior parte da arrecadação dos Estados da Federação decorre da cobrança do ICMS. Logo, os impactos sociais decorrentes da inadimplência desse tributo são especialmente graves.

"Segundo o Balanço Geral do Estado de Santa Catarina, do exercício de 2008, disponível no sítio da Secretaria da Fazenda Estadual (In:http://www.sef.sc.gov.br/index.php?option=com_docman&task=cat_view&gid=111&Itemid=26, acessado em 22.07.2009), a arrecadação proveniente do Imposto sobre Circulação de Mercadorias correspondeu a R\$ 6.756.420.027,29 do total de R\$ 8.070.509.401,98 de toda a Receita Tributária do Estado, ou seja, cerca de 83% de toda a arrecadação com tributos.

"Não se pode admitir, portanto, a condolência dos Poderes Legislativo e Judiciário para com a prática da sonegação fiscal, que deve ser fortemente

reprimida, mormente em se tratando de apropriação indevida de ICMS, uma das principais fontes de receita dos estados federados" (fls. 126/132).

5 De resto, contrário ao que entendeu o Magistrado *a quo*, eventual falta de liquidez do valor a ser repassado ao Fisco não implica em atipicidade da conduta, pois a configuração do ilícito penal independe de o preenchimento do valor na GIA ser correto ou não, bastando a vontade livre e consciente de não repassar à Fazenda Pública os valores a ela devidos no tempo recomendado, o que, a rigor, ocorreu na hipótese em comento.

Admitir tal tese, estimula a sonegação generalizada, e, ademais, chancelada pelo próprio Poder Judiciário; além de garantir a impunidade, e incentivar o sonegador à prática de novos ilícitos penais.

A propósito, retira-se da lição de Pedro Roberto Decomain:

"O contribuinte efetivamente repassou ao adquirente da mercadoria tributada o ônus representado pelo ICMS. Cobrou-se, portanto, a terceiro, devendo recolher aos cofres públicos o montante assim apurado.

"Se não o faz, comete crime examinado" (DECOMAIN, Pedro Roberto. Op. cit. p. 97, grifou-se).

Sobre o tema, extrai-se julgado do Superior Tribunal de Justiça:

"A falta de repasse do ICMS, descontado do consumidor, é, em tese, conduta criminosa, consoante já decidido por esta Corte, no REsp. n. 8.584-SP, Rel. o Em. Mm. Garcia Vieira, 1ª Turma, DJU de 13.05.91, p. 6.071, cuja ementa apregoa:

"Infringe a lei tributária quem, sujeito ao pagamento do tributo, não o satisfaz no tempo, forma e lugar determinado.

"O não recolhimento de ICM declarado, que integrou o preço da mercadoria vendida, se não recolhido aos cofres públicos, tipifica figura penal" (STJ. Sexta Turma. Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 7256/SC, rel. Min. Anselmo Santiago, j. em 6/4/1998, grifou-se)

Portanto, uma vez que a recorrida, supostamente, agiu de forma a realizar, conscientemente, a prática delituosa, incidiu na sanção prevista no art. 2º, II, da Lei n. 8.137/90, norma constitucional válida, vigente e eficaz.

Pelo provimento do recurso, a fim de que seja recebida a denúncia, determinando-se o prosseguimento do feito.

DECISÃO

Ante o exposto, decide a Câmara, por unanimidade de votos, prover o recurso, a fim de que seja recebida a denúncia, determinando-se o prosseguimento do feito.

O julgamento, realizado no dia 11 de agosto de 2009, foi presidido pelo Excelentíssimo Sr. Des. Torres Marques, com voto, e dele participou o Excelentíssimo Sr. Des. Roberto Lucas Pacheco. Lavrou parecer, pela douda Procuradoria Geral de Justiça, o Excelentíssimo Dr. Sérgio Antônio Rizelo.

Florianópolis, 11 de agosto de 2009.

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

AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE

2002.006442-0	– Capital.....	378
2008.055767-5	– Porto União	367

AGRAVO REGIMENTAL EM MANDADO DE SEGURANÇA

2006.011937-6	– Capital.....	435
---------------	----------------	-----

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO

592.937-0 (STF)	– Santa Catarina	301
-----------------	------------------------	-----

AGRAVO DE INSTRUMENTO

2008.066233-0	– Balneário Camboriú.....	463
---------------	---------------------------	-----

AGRAVOS EM AGRAVOS DE INSTRUMENTO

2008.054657-9	– Navegantes.....	410
2009.028736-2	– Balneário Camboriú.....	427

APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA

2009.016076-7	– Jaguaruna.....	761
---------------	------------------	-----

APELAÇÕES CÍVEIS

2003.016444-8	– Blumenau	509
2003.027997-0	– Laguna.....	551
2004.009774-3	– São Joaquim.....	706
2004.010771-4	– Lages.....	485
2004.011996-8	– Criciúma.....	670
2004.016817-9	– Capital.....	478
2005.029757-4	– Criciúma.....	612
2005.034770-7	– Rio do Sul.....	630

2006.003298-8	– Itajaí	662
2006.021959-7	– Criciúma.....	612
2006.036116-4	– Blumenau	682
2006.041838-4	– Tubarão	450
2007.020929-0	– Lages.....	582
2007.054086-6	– Rio do Sul.....	567
2007.056483-5	– Capital.....	495
2008.047263-8	– Imbituba.....	603
2008.050199-1	– Brusque	690
2008.050200-3	– Brusque	690
2008.071720-2	– Capital.....	748
2009.006643-8	– Urussanga.....	714
2009.009261-5	– Balneário Camboriú.....	736
2009.019911-5	– Cunha Porã.....	720

APELAÇÕES CRIMINAIS

2009.004305-2	– Capital.....	843
2009.012465-1	– Ibirama.....	850
2009.012947-9	– Mafra.....	870
2009.022987-2	– Balneário Camboriú.....	855
2009.030449-3	– Orleans.....	860

EMBARGOS DECLARATÓRIOS NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO

509.259-3 (STF)	– Santa Catarina	306
-----------------	------------------------	-----

EMBARGOS INFRINGENTES

2008.042597-6	– Criciúma.....	816
---------------	-----------------	-----

HABEAS CORPUS

98.776-1 (STF) – Santa Catarina310

MANDADOS DE SEGURANÇA

2004.027813-1 – Balneário Camboriú.....770

2006.011937-6 – Capital.....435

2008.052234-2 – Joaçaba592

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA

17.112 (STJ) – Santa Catarina325

RECURSOS CRIMINAIS

2008.059682-8 – Navegantes.....836

2009.038626-8 – Joinville885

RECURSOS ESPECIAIS

972.548 (STJ) – Santa Catarina346

1.077.452 (STJ) – Santa Catarina357

REVISÃO CRIMINAL

2009.025367-7 – Joaçaba808

ÍNDICE POR ASSUNTO

AÇÃO ANULATÓRIA E DESCONSTITUTIVA DE ATOS DE CONTRATO SOCIAL

— Ingresso de sócio em sociedade limitada – Concordância dos sócios majoritários. Insurgência da minoria. Demanda improcedente. Recurso desprovido.....714

AÇÃO DE COBRANÇA

— Mútuo verbal – Negócio firmado entre filho (mutuante) e pai (mutuário). Início de prova escrita. Conjunto probatório que permite concluir pela existência do contrato. Devolução do montante mutuado não comprovada. Obrigação de restituição. Recurso provido. Maioria de votos. VOTO VENCIDO.....495

— Nota fiscal e duplicata – Despesas hospitalares, laboratoriais e de medicamentos comprovadas pelos documentos trazidos pelos demandantes. Inversão do ônus da prova que não socorre os demandados. Sentença mantida. Recurso desprovido.....682

— Valor relativo a sobre-estadia de contêiner – Demurrage. Relação comercial demonstrada. Entrega das cargas e período de utilização dos contêineres incontroversos. Tabela de valores de sobre-estadia ajustada entre as partes. Recurso desprovido.....662

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO

— Extravio de autos quando conclusos para sentença – Restauração sem prejuízo ao adequado desfecho da lide originária. Dano patrimonial hipotético. Danos morais, no entanto, presumíveis. Sentença reformada nesta parte. Recurso provido parcialmente.....720

— Responsabilidade civil – Danos morais e materiais. Morte em cela de delegacia de polícia. Suicídio comprovado. Culpa exclusiva da vítima. Nexo causal não demonstrado. Obrigação de indenizar inexistente. Recurso desprovido.736

— AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

— Lei Estadual n. 10.824/1998, que instituiu o programa estadual de renovação acelerada de frota de ônibus de transporte rodoviário intermunicipal – Prorrogação dos contratos sem prévia licitação. Ofensa aos princípios da livre iniciativa, concorrência e licitação. Procedência do pedido. Inconstitucionalidade declarada. Recurso procedente.....378

— Leis municipais – Previsão de identificação do autor do projeto de lei. Violação ao postulado da impessoalidade dos atos do Poder Público. Obrigatoriedade de envio à Câmara de todos os decretos do Executivo. Colisão com o sistema de tripartição dos Poderes. Plausibilidade jurídica e perigo da demora. Cautelar deferida.367

AÇÃO ORDINÁRIA

— Contrato de representação comercial – Rescisão por justa causa. Baixo desempenho nas vendas. Causa justificadora não demonstrada. Indenização devida. Recursos desprovidos.....630

AGRAVO DE INSTRUMENTO

— Vide Recurso

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO

— Educação infantil – Creche e pré-escola. Direito assegurado pelo texto constitucional. Dever jurídico do Poder Público, notadamente do município. Recurso desprovido.....301

ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

— Art. 30378

ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS DA
CONSTITUIÇÃO FEDERAL

— Art. 48 410, 136

BUSCA E APREENSÃO

— Ordinária inibitória de uso ilegal de produto patentado c/c pedido de indenização – Propriedade industrial. Prova pericial. Produto similar. Uso anterior à patente. Sentença reformada. Condenação do autor ao pagamento dos ônus sucumbenciais. Desprovemento do recurso do autor e provimento do da empresa demandada.612

CÓDIGO CIVIL

— Art. 3º, I.....485
 — Art. 5º, I (1916).....485
 — Art. 17485
 — Arts. 86 a 101 (1916).....670
 — Art. 98 (1916).....670
 — Art. 102 (1916).....670
 — Art. 105 (1916).....670
 — Arts. 138 a 155.....670
 — Art. 145 (1916).....670
 — Art. 147, II (1916)670
 — Art. 166, VII670
 — Art. 167670
 — Arts. 186 a 188.....136
 — Art. 189720
 — Art. 206720
 — Art. 275509
 — Art. 283509
 — Art. 344 (1916).....174
 — Art. 393509
 — Art. 481582

— Art. 482	582
— Art. 572 (1916)	509
— Art. 618	509
— Art. 730	212
— Art. 756	212
— Art. 913 (1916)	509
— Art. 927	136
— Art. 932	509
— Art. 933	567
— Art. 934	509
— Art. 942, parágrafo único	509
— Art. 962 (1916)	509
— Art. 966, parágrafo único	567
— Art. 1.057	714
— Art. 1.245 (1916)	509
— Art. 1.299	509
— Art. 1.388 (1916)	714
— Art. 1.537 (1916)	136
— Art. 1.545	46
— Art. 1.545 (1916)	136
— Art. 1.547 (1916)	136
— Art. 1.548 (1916)	136
— Art. 1.549 (1916)	136
— Art. 1.550 (1916)	136
— Art. 1.560	174
— Art. 1.596	174
— Art. 1.597	174
— Art. 1.598	174
— Art. 1.599	174
— Art. 1.601	174
— Art. 1.602	174
— Art. 1.605	174
— Art. 1.606	174

— Art. 1.617	174
— Art. 1.626	108
— Art. 2.028	720
— Art. 2.035	670

CÓDIGO COMERCIAL (Lei n. 556/1850)

— Art. 344	714
------------------	-----

CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR (Lei n. 8.078/1990)

— Art. 1º	410
— Art. 2º	46
— Art. 3º, <i>caput</i>	46
— Art. 3º	682
— Art. 3º, § 2º	567, 46
— Art. 4º	136
— Art. 6º	410, 212
— Art. 6º, III	325
— Art. 6º, V	690
— Art. 6º, VIII	603, 136
— Art. 14, <i>caput</i> , e §§ 1º e 3º, I e II	46
— Art. 14	567
— Art. 14, § 4º	136
— Art. 22	212
— Art. 25, <i>caput</i>	136
— Art. 51, I	136
— Art. 54	690

CÓDIGO DE MENORES (Lei n. 6.697/1979)

—	108
---------	-----

CÓDIGO DE OBRAS DO MUNICÍPIO DE FLORIANÓPOLIS (Lei Complementar n. 60/2000)

— Art. 17, I e II.....	748
— Art. 52, I e V.....	748
— Art. 57, I	748

CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

— Art. 9º, I.....	174
— Art. 14, II e III	301
— Art. 15	670
— Art. 17	478
— Art. 17, III	670
— Art. 17, VII	301
— Art. 18	478, 670
— Art. 20, § 3º.....	603, 670, 509, 485, 495, 136
— Art. 20, § 3º, <i>a e c</i>	567
— Art. 20, §§ 3º, <i>a, b e c</i> , e 4º.....	670, 662
— Art. 20, § 4º.....	612, 551
— Art. 21, <i>caput</i>	551
— Art. 21	630
— Art. 21, parágrafo único	706, 551
— Art. 47, <i>caput</i>	435
— Art. 76	509
— Art. 77	509
— Art. 78	509
— Art. 80	509
— Art. 103	612
— Art. 105	612
— Art. 120, parágrafo único	509
— Art. 128	630
— Art. 130	478, 612, 630
— Art. 131	478, 612, 509, 630, 450
— Art. 157	662

— Art. 191	630
— Art. 219	495
— Art. 265, III	630
— Art. 267, VI	509, 346
— Art. 269, I	612
— Art. 269, IV	357
— Art. 273, § 1º	427
— Art. 293	509
— Art. 301, § 2º	612
— Art. 306	630
— Art. 319	450
— Art. 330, I	478, 630
— Art. 333	612, 630
— Art. 333, I	567, 682, 495, 748, 346, 450
— Art. 333, II	682, 495
— Art. 335, parte final	495
— Art. 396	682
— Art. 397	682
— Art. 398	136
— Art. 401	682, 495, 630
— Art. 402	495, 630
— Art. 404	495
— Art. 404, II	670
— Art. 436	630
— Art. 454, § 3º	630
— Art. 462	136
— Art. 467	174
— Art. 480	325
— Art. 481	325
— Art. 517	682, 136
— Arts. 522 e seguintes	509
— Art. 523, <i>caput</i>	551
— Art. 523, <i>caput</i> e § 1º	690

— Art. 523, § 4º.....	509
— Art. 539, II, <i>a</i>	325
— Art. 557	410
— Art. 557, § 1º.....	509, 427, 410
— Art. 557, § 1º-A.....	410
— Art. 557, § 2º.....	301
— Art. 658	551
— Art. 693	551
— Art. 711	463
— Art. 713	463

CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

— Art. 6º.....	870
— Art. 40	670
— Art. 41	870
— Art. 80	816
— Art. 82	816
— Art. 155	70
— Art. 209	870
— Art. 218	70
— Art. 323	310
— Art. 386, II.....	816
— Art. 386, VI	860
— Art. 392	808
— Art. 397	70
— Art. 400, § 1º.....	70
— Art. 415, parágrafo único	836
— Art. 499	870
— Art. 563	870
— Art. 564, III, <i>b</i>	816
— Art. 579	885
— Art. 621	808
— Art. 625, § 2º.....	808

— Art. 626808

CÓDIGO FLORESTAL (Lei n. 4.771/1965)

— Art. 2º, *a*, 2748
 — Art. 2º, *f*..... 346

CÓDIGO PENAL

— Art. 14, II.....870
 — Art. 33, §§ 2º, *b*, e 3º816
 — Art. 44, I870
 — Art. 61, II, *b*..... 870
 — Art. 69, *caput*..... 816
 — Art. 77870
 — Art. 121, *caput* 310
 — Art. 121, § 2º, II836
 — Art. 129, *caput* e §§ 1º e 2º310
 — Art. 129, § 9º850
 — Art. 163, parágrafo único, III310
 — Art. 213870
 — Art. 225, §§ 1º, I e II, e 2º870
 — Art. 339860
 — Art. 340860
 — Art. 345 70

CÓDIGO PENAL MILITAR (Decreto-lei n. 1.001/1969)

— Art. 59843
 — Art. 202843

CONSTITUIÇÕES

ESTADUAL – 1989

— Art. 1º367
 — Art. 4º367

— Art. 16, <i>caput</i> e § 6º	367
— Art. 32	367
— Art. 40, VI e XI	367
— Art. 41, <i>caput</i> e parágrafos	367
— Art. 49, §§ 2º, 3º e 4º, II	367
— Art. 50, § 2º, VI	367
— Art. 52, I e II	367
— Art. 71, IV	367
— Art. 83, IX, <i>f</i>	367
— Art. 83, XI, <i>c</i>	592
— Art. 84	367
— Art. 85, VII	367
— Art. 85, § 4º	378
— Art. 135, § 4º	378
— Art. 137, § 1º	378
FEDERAL – 1967	
— Art. 4º	346
FEDERAL – 1988	
— Art. 1º, III	46
— Art. 5º, <i>caput</i>	174
— Art. 5º, II	136
— Art. 5º, V	136
— Art. 5º, V e X	603
— Art. 5º, IX	410
— Art. 5º, X	485
— Art. 5º, XXXII	410, 136
— Art. 5º, XXXV	70
— Art. 5º, XXXVI	174
— Art. 5º, XLIX	736
— Art. 5º, LVII	310
— Art. 5º, LXVII e LXVIII	885
— Art. 5º, LXXVIII	70

— Art. 20, IV	346
— Art. 21	212
— Art. 21, XI.....	325
— Art. 22, IV	325
— Art. 23	212
— Art. 24, VIII.....	325
— Art. 26, II.....	346
— Art. 30, I e V.....	212
— Art. 30, VIII.....	748
— Art. 34, VII, <i>e</i>	212
— Art. 37	212, 108
— Art. 37, § 6º.....	720, 357, 70
— Art. 93, II, <i>c</i>	70
— Art. 93, IX.....	870
— Art. 97	325
— Art. 102, I, <i>a</i>	378
— Art. 105, II, <i>b</i>	325
— Art. 109, I.....	592
— Art. 158, IV, e parágrafo único	435
— Art. 161	435
— Art. 170, IV	378, 212
— Art. 170, V.....	410, 136
— Art. 175	378, 212, 325
— Art. 177	212
— Art. 192, § 3º.....	690
— Art. 208, IV	301
— Art. 211, § 2º.....	301
— Art. 220, § 1º.....	410
— Art. 226, § 4º.....	108
— Art. 226, § 6º.....	108
— Art. 227, § 6º.....	174
— Art. 230, § 2º.....	212

CRIME CONTRA A SAÚDE PÚBLICA

— Tráfico de entorpecentes e associação para o tráfico – Decisão transitada em julgado. Intimação por edital sem prévio esgotamento dos meios para localização do apenado. Necessidade de intimação pessoal. Constrangimento ilegal. Nulidade reconhecida.808

CRIME CONTRA OS COSTUMES

— Tentativa de estupro – Preliminares de ilegitimidade ativa *ad causam* do MP e nulidade da sentença por falta de fundamentação, entre outras. Afastamento. Declarações firmes e coerentes da vítima que apontam o acusado como autor do abuso sexual. Negativa de autoria isolada. Pretendida desclassificação para a figura da contravenção. Inviabilidade, diante da prova produzida. Reconhecimento da agravante genérica de crime praticado contra vítima com idade superior a 60 anos. Recurso da defesa desprovido e provido o interposto pelo Ministério Público.870

CRIME MILITAR

— Soldado que se apresenta para iniciar turno de trabalho visivelmente embriagado – Materialidade e autoria demonstradas pela prova oral colhida. Ausência do teste do bafômetro que não obsta o reconhecimento da infração. Condenação mantida. Recurso desprovido.843

DEMOLITÓRIA

— Construção não autorizada pelo município – Desrespeito ao embargo administrativo. Desobediência ao afastamento mínimo da margem do rio. Área de preservação com uso limitado. Inexistência de acesso público oficial. Edificação que excede o gabarito. Impossibilidade de regularização. Recurso provido.748

DENUNCIÇÃO CALUNIOSA

— Acusado que atribui a policial crime de abuso de autoridade – Retração no inquérito, por alegada pressão do policial. Testemunhos que não afastam a possibilidade de o policial ter extrapolado os limites de atuação. Insuficiência de provas para sustentar a condenação. Absolvição. Recurso provido.860

DOCTRINA

— A relativização da coisa julgada nas ações de filiação e o princípio da segurança jurídica – Maurício Cavallazzi Póvoas.174

— A responsabilidade civil por infecção hospitalar – Domingos Afonso Kriger Filho. 46

— Apontamentos sobre a responsabilidade civil do cirurgião-dentista – Márcio Schiefler Fontes.136

— As audiências judiciais como fator de perda de qualidade no Judiciário catarinense – Fernando Cordioli Garcia. 70

— As questões prejudiciais na União Europeia e no Mercado Comum do Sul (Mercosul): existência, aplicação, extensão e alternativas – Stephan Klaus Radloff.238

— Ausência de monopólio no serviço público de transporte coletivo urbano – Orlando Luiz Zanon Junior.212

— O cadastro único informatizado de adoção e abrigo (Cuida) como referência nacional: busca da qualidade e eficiência na gestão judiciária – Iolmar Alves Baltazar.108

— O judiciário entre garantia do mercado ou dos direitos fundamentais: a “resposta correta”, com Lenio Streck – Alexandre Morais da Rosa. 25

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO

— Embargos recebidos como agravo regimental – Participação dos municípios no produto da arrecadação do ICMS. Programa de incentivo fiscal de Santa Catarina. Transferência ao município do valor indevidamente retido pelo Estado. Dispensa de precatório. Recurso desprovido.306

EMBARGOS INFRINGENTES

— *Vide* Recurso e Recurso Crime.

— EMENDAS CONSTITUCIONAIS

— N. 1/1969 Art. 107.....720

— N. 3/1993378

— N. 19/1998108

— N. 45/2004 70

ESTATUTO DA ADVOCACIA E DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL (Lei n. 8.906/1994)

— Art. 23630

— Art. 24463

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (Lei n. 8.069/1990)

— Art. 25108

— Art. 31108

— Art. 41108

— Art. 50108

— Art. 227108

ESTATUTO DO IDOSO (Lei n. 10.741/2003)

— Art. 1º.....870

ESTUPRO

— *Vide* Crime contra os costumes.

— EXECUÇÃO

— Embargos – Contrato sob coação. Vigência do Código Civil de 1916. Conjunto probatório que deixa claro o vício de consentimento. Anulação acolhida. Extinção. Reconhecimento da litigância de má-fé. Ônus de sucumbência. Inversão da responsabilidade pelo pagamento das custas e honorários advocatícios.

— Recurso provido.670

— Embargos à arrematação – Realização de praça sem intimação do embar-gante. Sentença de procedência. Juiz deprecado que anula a arrematação e estabelece nova praça. Imóveis não indicados na precatória excluídos desta praça. Limites da atividade do juiz deprecado. Embargados que deram causa a um dos vícios que ensejou a oposição dos embargos. Sucumbência recíproca. Recurso desprovido.551

HABEAS CORPUS

— Prisão preventiva – Alegadas necessidade de restabelecimento da ordem pública, pela gravidade do crime, conveniência da instrução criminal, por morar o réu em outra comarca, e necessidade da garantia de aplicação da lei penal, para evitar o desaparecimento do acusado. Clamor público e salvaguarda da credibilidade da Justiça. Razões que não autorizam a prisão cautelar. Recurso parcialmente provido.....310

HOMICÍDIO QUALIFICADO

— Recurso em sentido estrito – Impronúncia. Inviabilidade. Prova da materialidade e indícios suficientes da autoria. Alegação de legítima defesa. Inadmissibilidade. Medida de segurança. Réu portador de doença mental. Remessa dos autos ao conselho de sentença para dirimir a invocação da legítima defesa. Recurso oficial provido para pronunciar o réu.836

INDENIZAÇÃO

- Danos materiais e morais – Direitos autorais. Programa de computador. Utilização indevida não comprovada. Ônus probatório do autor. Perícia. Programa que se encontrava disponível na internet. Reprodução pela ré em CD-ROM somente para demonstração, com a indicação de que poderia ser adquirido mediante pagamento ao titular do programa. Lucro não auferido. Ato ilícito inexistente. Dever de indenizar não caracterizado. Improcedência. Recurso desprovido.....450
- Danos materiais e morais – Serviços de terraplanagem. Desabamento de parte de imóvel vizinho. Demanda proposta contra o dono da obra. Denúnciação da lide à empreiteira. Procedência da ação principal e improcedência do pedido de denúnciação. Apelação interposta pela denunciada. Pretendida majoração da verba honorária. Inversão do ônus da sucumbência no julgamento do recurso interposto pelo denunciante. Prejudicado o apelo da denunciada e provido parcialmente o do denunciante.....509

INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS

- Erro médico – Cesariana. Compressa cirúrgica deixada no abdômen. Negligência configurada. Condenação apenas do médico responsável. Impossibilidade. Falha também nos serviços de enfermagem. Responsabilidade solidária e objetiva. Danos morais. Sofrimentos da paciente. Danos à recém-nascida, que foi privada do carinho e do leite materno. Recursos parcialmente providos.567
- “Nota de esclarecimento” em jornal de grande circulação que divulga negativa de paternidade em ação investigatória – Ofensa à honra da autora. Publicação degradante e pretensiosa, que excede o caráter explicativo. Ato ilícito e danos morais configurados. Indenização. Sentença reformada. Recurso provido. Maioria de votos. VOTO VENCIDO.....485
- Saques em conta bancária realizados em caixa eletrônico – Negativa de autoria dos correntistas. Inversão do ônus da prova. Participação dos titulares não comprovada. Ausência de zelo do banco. Vulnerabilidade

do sistema de segurança. Responsabilidade civil configurada. Recurso desprovido.....	603
— Urna funerária vendida – Retomada <i>manu militari</i> durante o velório. Indenização por danos morais. Procedência. Preliminares afastadas. Sentença mantida. Recurso desprovido.....	582

INDENIZAÇÃO POR PERDAS E DANOS

— Cédula rural pignoratícia – Proagro. Enquadramento errôneo. Cobertura securitária. Negligência da instituição financeira. Dever de indenizar. Recurso desprovido.	706
--	-----

INTERCEPTAÇÃO DE COMUNICAÇÃO

— Apelante que, em autos de ação cível, juntou cópia de mensagem eletrônica enviada pelo apelado a terceira pessoa – Interceptação ilícita. Autoria e materialidade comprovadas. Declaração do ofendido de que nunca forneceu a senha à ré nem a autorizou a acessar sua caixa postal. Inversão do ônus da prova. Ausência de comprovação pela acusada de que obteve o documento de modo lícito ou mediante autorização judicial. Fato típico configurado. Condenação mantida. Recurso desprovido.	855
---	-----

LEGISLAÇÃO ESTADUAL

LEIS

— N. 5.684/1980	Art. 5º	378
— N. 5.684/1980	Art. 8º	212
— N. 8.203/1990		435
— N. 10.297/1996	Art. 5º, I, <i>c.</i>	435
— N. 10.824/1998		378
— N. 11.644/2000	Art. 1º	592
— N. 11.699/2001		325
— N. 12.069/2001	Art. 6º	378

— N. 12.069/2001	Art. 10.....	367, 378
— N. 12.069/2001	Art. 11, § 1º.....	367
— N. 13.340/2005.....		212

LEGISLAÇÃO FEDERAL

DECRETOS

— N. 3.504/2000.....		108
— N. 3.708/1919	Art. 15.....	714
— N. 20.910/1932	Art. 1º.....	720, 357
— N. 20.910/1932	Art. 10.....	720

DECRETOS-LEIS

— N. 1.001/1969.....	<i>Vide</i> Código Penal Militar.	
— N. 3.688/1941.....	<i>Vide</i> Lei das Contravenções Penais.	

LEIS

— N. 556/1850.....	<i>Vide</i> Código Comercial.	
— N. 1.060/1950.....	<i>Vide</i> Lei da Assistência Judiciária.	
— N. 4.771/1965.....	<i>Vide</i> Código Florestal.	
— N. 4.886/1965	Art. 27, j.....	630
— N. 4.886/1965	Art. 34.....	630
— N. 4.886/1965	Art. 35.....	630
— N. 4.886/1965	Art. 36.....	630
— N. 4.886/1965	Art. 43.....	630
— N. 5.474/1968.....	<i>Vide</i> Lei das Duplicatas.	
— N. 6.368/1976.....	<i>Vide</i> Leis Antitóxicos.	
— N. 6.404/1976.....	<i>Vide</i> Lei das Sociedades Anônimas.	
— N. 6.437/1977.....		46
— N. 6.697/1979.....	<i>Vide</i> Código de Menores.	
— N. 8.069/1990.....	<i>Vide</i> Estatuto da Criança e do Adolescente.	
— N. 8.078/1990		
— N. 8.072/1990.....	<i>Vide</i> Lei dos Crimes Hediondos.	

— N. 8.137/1990	
Art. 2º, II	885
— N. 8.420/1992	630
— N. 8.906/1994	
<i>Vide</i> Estatuto da Advocacia e da Ordem dos advogados do Brasil.	
— N. 8.935/1994	<i>Vide</i> Lei dos Cartórios.
— N. 8.987/1995	378, 325
— N. 8.987/1995	Art. 7º, I e III212
— N. 8.987/1995	Arts. 9º a 13212
— N. 8.987/1995	Art. 16.....212
— N. 9.074/1995	Art. 2º, § 3º, III212
— N. 9.099/1995	<i>Vide</i> Lei dos Juizados Especiais. 70
— N. 9.279/1996	<i>Vide</i> Lei de Propriedade Industrial.
— N. 9.296/1996	Art. 10.....855
— N. 9.431/1997	Art. 1º, §§ 1º e 2º 46
— N. 9.472/1997	325
— N. 9.492/1997	Art. 1º690
— N. 9.609/1998	Art. 1º450
— N. 9.609/1998	Art. 6º, II450
— N. 9.609/1998	Art. 9º450
— N. 9.784/1999	Art. 1º212
— N. 9.784/1999	Art. 2º212
— N. 9.784/1999	Art. 50.....212
— N. 9.800/1999	Art. 2º720
— N. 10.259/2001	70
— N. 10.352/2001	509
— N. 10.406/2002	212
— N. 10.409/2002	70
— N. 10.741/2003	<i>Vide</i> Estatuto do Idoso.
— N. 11.340/2006	<i>Vide</i> Lei Maria da Penha.
— N. 11.343/2006	<i>Vide</i> Leis Antitóxicos.
— N. 11.382/2006	551
— N. 11.689/2008	836

— N. 11.690/2008	70
— N. 11.788/2008	70

LEGISLAÇÃO MUNICIPAL

LEIS

— N. 1.223/2007 (Jaguaruna) Art. 4º, I.....	761
— N. 1.521/2007 (Matos Costa)	367
— N. 1.561/2008 (Matos Costa)	367

LEI DA ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA (Lei n. 1.060/1950)

— Art. 11, § 1º	582
— Art. 12	720, 450

LEI DAS CONTRAVENÇÕES PENAIS (Decreto-Lei n. 3.688/1941)

— Art. 61	870
-----------------	-----

LEI DAS DUPLICATAS (Lei n. 5.474/1968)

— Art. 9º	682
-----------------	-----

LEI DAS SOCIEDADES ANÔNIMAS (Lei n. 6.404/1976)

— Art. 233	630
------------------	-----

LEI DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL (Lei n. 9.279/1996)

— Art. 42	612
— Art. 45	612
— Art. 183	612

LEI DOS CARTÓRIOS (Lei n. 8.935/1994)

— Art. 20	770
-----------------	-----

— Art. 25	770
— Art. 32	770
— Art. 39, § 2º	770

LEI DOS CRIMES HEDIONDOS (Lei n. 8.072/1990)

—	816, 70
---------	---------

LEI DOS JUIZADOS ESPECIAIS (Lei n. 9.099/1995)

— Art. 81, § 1º	70
-----------------------	----

LEI MARIA DA PENHA (Lei n. 11.340/2006)

— Art. 16	850
-----------------	-----

LEIS ANTITÓXICOS

— N. 11.343/2006	70
— N. 11.343/2006	Art. 1º, <i>caput</i> e parágrafo único816
— N. 11.343/2006	Art. 33, <i>caput</i> e § 4º808
— N. 11.343/2006	Art. 33.....816
— N. 11.343/2006	Art. 35.....808
— N. 11.343/2006	Art. 53, II.....816
— N. 11.343/2006	Art. 56, <i>caput</i> 816
— N. 11.343/2006	Art. 58, §§ 1º e 2º.....816
— N. 6.368/1976	70
— N. 6.368/1976	Art. 12.....816
— N. 6.368/1976	Art. 14.....816

LEIS COMPLEMENTARES

— N. 60/2000	<i>Vide</i> Código de Obras do Município de Florianópolis.
— N. 63/1990 (Federal)	Art. 3º, § 1º435
— N. 95/1998 (Federal)	70

LESÕES CORPORAIS

— Lei Maria da Penha – Manifestação da vítima em juízo de que não queria ver o réu processado criminalmente. Retratação após o recebimento da denúncia. Liberdade da ofendida de dar ou não continuidade à persecução criminal. Decretação da extinção da punibilidade.850

MANDADO DE SEGURANÇA

— Ato judicial – Terceiro interessado. Transferência de valores de conta poupança da CEF para a Conta Única do Poder Judiciário. Impossibilidade. Inocorrência de depósito judicial. Bloqueio judicial. Manutenção dos valores em conta poupança. Interesse social. Inexistência de justificativa para transferência dos valores. Ordem concedida.592

— Concurso público – Professor de artes. Aprovação de candidata com habilitação diversa (matemática). Edital com os requisitos prescritos em lei municipal. Exigência de formação na área de atuação do cargo. Disposição transitória específica. Sentença reformada. Ordem denegada.761

— Fundo de participação dos municípios na receita do ICMS – Comercialização de gás natural. Citação de todos os municípios do Estado como litisconsortes. Desnecessidade. Valor adicionado. Destinação apenas ao município sede da companhia de gás. Rateio proporcional entre os municípios em que houve o efetivo consumo. Direito líquido e certo. Concessão da ordem.435

— Serventia extrajudicial – Vacância. Cassação da designação da registradora substituta. Impropriedade. Direito assegurado até a realização de concurso. Ordem concedida. Maioria de votos. VOTO VENCIDO.770

NOTICIÁRIO

— Discurso de posse do Dr. Cláudio Valdyr Helfenstein no cargo de Desembargador do Tribunal de Justiça de Santa Catarina.273

- Discurso proferido pelo Des. Souza Varella, Presidente do TJ, em saudação ao Des. Cláudio Valdyr Helfenstein.281
- Discurso de despedida do Des. Amaral e Silva, por ocasião de sua aposentadoria.284
- Discursos em homenagem ao Des. Amaral e Silva.284

RECURSO

- Agravo de instrumento – Execução de honorários advocatícios. Crédito privilegiado e preferencial. Natureza alimentar. Equiparação ao crédito trabalhista. Adjudicação de bens da agravada sem concurso de credores. Impossibilidade. Recurso parcialmente provido.463
- Agravo inominado – Decisão que dá provimento a agravo de instrumento. Divulgação de testes de qualidade de pescados congelados. Direito do consumidor à informação. Recurso desprovido.410
- Agravo inominado – Decisão que nega seguimento a agravo de instrumento. Pensão instituída em antecipação de tutela. Acidente de veículos. Índícios da culpa e embriaguez do agravante, e, ainda, da incapacidade do agravado. Decisão fundamentada. Vício inexistente. Recurso desprovido. ...427

RECURSO CRIME

- Embargos infringentes – Tráfico ilícito de entorpecentes. Materialidade e autoria comprovadas. Droga apreendida que não estava na posse direta dos embargantes. Irrelevância. Existência de nexó etiológico. Laudo pericial válido. Condenações. Recurso parcialmente provido. Maioria de votos. VOTO VENCIDO.....816
- Sentido estrito – Interposição pelo MP contra decisão que rejeitou a denúncia. Sonegação fiscal. Não recolhimento de tributo (ICMS) pago por consumidores. Constitucionalidade do tipo penal. Prisão resultante de prática definida como crime. Recurso provido.885

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO

—Vide Recurso crime.

RECURSO ESPECIAL

— Ação de indenização por danos materiais, morais e estéticos – Erro médico. Prescrição. Extinção da ação em relação ao Estado e prosseguimento contra a médica. Hospital público. Relação orgânica entre preposta e Estado. Recurso provido.357

— Ilha costeira – Área de preservação ambiental. Usucapião. Acórdão recorrido com fundamentação eminentemente constitucional. Recurso não conhecido.346

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA

— Arguição de inconstitucionalidade – Lei estadual n. 11.699/2001. Telefonia fixa. Serviços de telecomunicações. Competência legislativa privativa da União. Inconstitucionalidade reconhecida.325

REGIMENTO INTERNO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA

— Art. 195, *caput* 509

— Art. 200325

RESCISÃO DE CONTRATO

— Julgamento antecipado da lide – Cerceamento de defesa inocorrente. Anúncio em lista telefônica. Alteração. Inexistência de prejuízos à contratante. Recurso desprovido. Litigância de má-fé. Requisitos legais demonstrados. Condenação, de ofício.478

RESOLUÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA

— N. 32/2001 Art. 6º592

RESOLUÇÕES ANATEL

— N. 30/1998 Arts. 41 e 42.....325

— N. 85/1998 Art. 52.....325

REVISIONAL DE CONTRATO DE FINANCIAMENTO BANCÁRIO

— Sustação de protesto – Agravo retido. Não conhecimento. Incidência do CDC. Juros remuneratórios. Limitação à taxa média estipulada pelo Banco Central. Correção monetária. Aplicação do INPC. Comissão de permanência. Cumulação incabível. Multa contratual e juros de mora. Manutenção. Repetição do indébito. Admissibilidade. Inscrição em serviços de proteção creditícia e protesto de título. Descabimento. Mora descaracterizada. Insurgência recursal desprovida.690

SÚMULAS – STF

— N. 266325

— N. 282346

— N. 356346

— N. 422836

— N. 512435

— N. 523808

— N. 648690

SÚMULAS – STJ

— N. 43630

— N. 54 720, 509, 485

— N. 105435

— N. 202592

— N. 296690

— N. 297	690
— N. 362	485
— N. 387	136

TRÁFICO DE TÓXICOS

—	<i>Vide</i> Crime contra a saúde pública.
---------	---

ÍNDICE ONOMÁSTICO

Alexandre Morais da Rosa	25
Amaral e Silva.....	284
Benedito Gonçalves.....	346
Carlos Adilson Silva.....	450
Cezar Peluso.....	301, 310
Cid Goulart.....	798
Cláudio Valdyr Helfenstein	603, 378, 273
Denise Arruda.....	325
Domingos Afonso Kriger Filho.....	46
Fernando Cordioli Garcia.....	70
Humberto Martins	357
Iolmar Alves Baltazar	108
Irineu João da Silva.....	843, 850
Jaime Luiz Vicari.....	551, 509, 491
João Henrique Blasi.....	690
Joaquim Barbosa	306
José Carlos Carstens Köhler.....	670, 682
José Inácio Schaefer	714, 706
Luiz Carlos Freyesleben	478, 463, 505
Luiz Fernando Boller.....	410, 427
Márcio Schiefler Fontes	136
Maria do Rocio Luz Santa Ritta	567, 367
Maurício Cavallazzi Póvoas.....	174
Moacyr de Moraes Lima Filho.....	885, 816
Monteiro Rocha	592, 582
Newton Janke.....	770A

Orlando Luiz Zanon Junior.....	212
Paulo Roberto Camargo Costa	662, 612, 630
Ricardo Roesler	770, 761
Sérgio Izidoro Heil.....	485, 495
Sérgio Paladino.....	836, 808
Sérgio Roberto Baasch Luz.....	435, 748
Souza Varella	281
Stephan Klaus Radloff.....	238
Torres Marques.....	870, 834
Tulio Pinheiro	855, 860
Vanderlei Romer	736, 720

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA

Diretoria de Documentação e Informações

Divisão de Documentação

Adelson André Brüggemann

Seção de Revisão

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

Dimensão Comunicação e Marketing

Montagem, impressão e acabamento: Divisão de Artes Gráficas/DIE